DIZIONARIO
DI
GIURISPRUDENZA
PER USO
DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

DI
NICOLA ARMELLINI.

TOMO VI.

NAPOLI,
NELLA TIPOGRAFIA DELLA SOCIETA' FILOMATICA.
1826.

DIZIONARIO

DI GIURISPRUDENZA.

» TENTATIVO §. 1. » Chiunque colla
» volontà di commettere un misfatto giunge
» ad atti tali di esecuzione, che nulla rimanga
» per la sua parte onde mandarlo ad effetto,
» se questo non ha avuto luogo per circostanze
» fortuite, ed indipendenti dalla di lui volontà,
» è punito con un grado meno del misfatto
» consumato: salve le eccezioni in alcuni casi
» particolari preveduti dalla legge.
» Questa specie di tentativo chiamasi *mi-
» sfatto mancato. Art.* 69. *Leg. pen.*
» Il tentativo di un misfatto che non ha
» avuto luogo anche per circostanze fortuite
» ed indipendenti dalla volontà del colpevole,
» se sia manifestato con atti esteriori prossi-
» mi alla esecuzione, tali però che ancora
» rimanga all'autore qualche altro atto per
» giungere alla consumazione del medesimo,
» è punito con uno a due gradi meno della
» pena del misfatto consumato: salve anche
» le eccezioni in qualche caso particolare dalla
» legge preveduto. Questa seconda specie di
» tentativo chiamasi *misfatto tentato. Art.* 70.
» *Idem.*

La distinzione che offrano questi due arti-
coli del misfatto *mancato*, e del misfatto
tentato, ha dato motivo alla separazione di quel-
le idee per le quali l'antica scuola criminale ne
considerava gli oggetti sotto un medesimo punto
di vista. Un' azione resa imperfetta per l'opera
di una forza esteriore accidentalmente sopra-
giunta, tostocchè esprimeva il disegno di un
maleficio, era valutata come l'azione stessa con-
sumata. S'ignoravano i periodi di quest'azione
così per lo sviluppo della volontà colpevole,
come per l'ordinario suo corso; vale a dire
gli atti animati dal pensiere di delinquere
rimanevano confusi con gli atti pei quali si
preparava il maleficio, e cogli atti prossi-
mi ad effettuarlo. Quindi non si conoscevano
gl' intermedj tra un atto, e l'altro, per de-
finire se tutti dipendenti da una medesima
cagione progredivano per una conseguenza
necessaria ad un risultamento medesimo. Trion-
fava in somma la massima di Callistrato di va-
lutarsi nei maleficj la sola volontà, e non gli
effetti. *In maleficiis voluntas spectatur non
exitus. L.* 14. *D. ad Leg. corn. de sic.*

Ora distinto il misfatto *mancato* dal mi-
sfatto *tentato*, vediamo i rapporti morali delle a-
zioni congiunti colla volontà colpevole dell' a-
gente, e vediamo misurarsi per gradi il misfatto
imperfetto, dal momento in cui si concepisce,
e si sviluppa, sino al momento in cui resta
per consumarsi. In cotal modo sono enume-
rati i requisiti pei quali il misfatto *mancato*,
e 'l misfatto *tentato* vengono particolarmente
definiti. Difatti manifestato il disegno di de-
linquere, ed esaurite tutte le parti necessarie
al suo compimento, la mancanza dell' effet-
to, interrotto da un accidente di forza estrin-
seca che sopravviene, non esclude la im-
putabilità nell' azione incompleta. Le stesse
circostanze del disegno, e delle operazioni
dell' agente portate sino al punto in cui nulla
rimane a questi per compiere il suo intento, ed
in cui per estranea cagione vede non divenir
tale intento compiuto, sono i requisiti pei
quali il misfatto dicesi *mancato*. Nè giova
opporre che il niun danno avvenuto esclude
l' oggetto della pena. » Si dedurrà, dice Roma-
gnosi, che in vista di tale mancanza egli non
sia un vero atto spinto dal canto del suo au-
tore agli ultimi estremi della sua esecuzione?

» Sparirà ogni ambiguità se distinguerassi in ogni atto fisico umano quello che dipende dall'azione dell'uomo da quello che deriva dall'azione degli oggetti esterni che sull'uomo fanno, e da lui ricevono urto, e modificazione.

» Data una determinata serie di atti fisici, e di rapporti del pari fisici fra l'uomo, e gli oggetti esterni, dato un ordine fisico regolare e costante, tosto si produce, e costantemente deesi produrre negli oggetti fisici un dato effetto.

» Si ha del pari dalla esperienza del passato, argomento da prevedere che rinnovando l'uomo gli stessi atti, e gli stessi rapporti, giusta le costanti, ed osservate leggi della fisica si produrrà lo stesso effetto.

» Da qui nasce la certezza fisica, ed il fondamento della imputazione morale di fatto.

» Nel delitto si valuta più il fatto dell'uomo che le leggi fisiche de'corpi, che fuori di lui si muovono, ed agiscono. Nella imputazione degli atti esteriori, che è lo stesso che dire nel farlo autore di un dato atto fisico, si contempla tutto quello d'onde risulta, che egli, e non altri combini, e muova le cagioni nocive contra il suo simile, e non si prendono in considerazione le leggi del moto, o degli agenti esterni, le quali possono mescolarsi, o imprevedute, o inevitabili, e repentine, nella spinta comunicata dall'uomo alla materia. *Romagnosi - Genesi del dritto penale Tomo* 4. §. 626 *a* 630.

Da queste particolari osservazioni possiam dedurre essersi disposto con l'articolo 69, che il *misfatto mancato* vien punito con un grado meno del misfatto consumato: massima per altro già consagrata da Paolo nel codice romano.

» Perfecto flagitiu punitur capite imperfecto in insulam deportatur. *L.* 1. §. *ult. D. de extraord. crim.*

D'altronde il misfatto *tentato* riunisce altri requisiti. Manifestare il pensiere concepito di delinquere, e disporre gli atti necessarj per condurlo ad effetto, ma omettere l'ultimo atto prossimo, che bisogna per consumare l'azione colpevole, sol perchè una cagione estrinseca lo trattiene; sono queste le pure, e semplici circostanze che definiscono il misfatto *tentato*.

» Questa idea dell'attentato, dice Romagnosi, non abbisogna nè di esame ond'essere resa intelligibile, nè di apparecchio di prove, ond'essere convalidata. Ella nasce spontaneamente dalla natura, e dal concetto semplice delle cose, ed è eziandio universalmente ammessa da' juspubblicisti, e poi dai giureconsulti. *Genesi del dritto penale Tomo* 4. §. 604.

Difatti nel senso dei criminalisti il tentativo si ha per un atto il quale precede l'esecuzione del reato. Così Cremani.

» Conatus est opus susceptum absque effectu sequuto, sive etiam usus eorum significatur, quae ad crimen perficiendum diriguntur. *Cremani de jur. crim. lib.* 1. *par.* 1. *cap.* 4.

Intanto quali sono i periodi degli atti, che manifestano il disegno di delinquere e dai quali vien definito il tentato misfatto? Dato un criminoso progetto già meditato, il suo sviluppo ha bisogno di quelle azioni continuate che sono necessarie a manifestarlo, ed a condurlo al suo effetto. Quindi queste azioni esteriori, e successive, quando sono legate fra loro in modo, che dipendenti dal loro principio procedono con un corso ordinario sino alla consumazione del misfatto, fanno già per se stesse conoscere quell'ordine progressivo che le manifesta e quel rapporto morale onde l'una all'altra succede. Così per consumare un misfatto vi bisogna necessariamente il concorso di diverse azioni, come nel ladro, il quale per rubare il denaro, che si conserva in uno scrigno ha bisogno di provvedersi della chiave della casa ove lo scrigno si custodisce, di aprire questa casa, di penetrarvi, di scassinare lo scrigno, e di prendere il denaro che vi si trova conservato; se fia, che dopo esauriti tutti gli atti per l'ingresso nella casa, il ladro incominci a scassinare lo scrigno; e venga nel momento trattenuto a compiere il furto, egli in questo caso non è colpevole di misfatto consumato. Quel fortuito accidente, che gl'impedisce di portar la mano all'involamento del denaro lo costituisce solo colpevole di tentato misfatto.

Renazzi in esporre il carattere del tentativo discende anche alla enumerazione delle sue parti, sia in riguardo alla volontà di delinquere, sia in riguardo ai mezzi che concorrono per portare ad effetto il reato.

Conatus, ut recte distinguit Dionysius Gothofredus (*nota ad L. 18. D. de poenis n. 18.*) alter extremis suis ac fini conjungitur: in mediis haeret alter, quae ad extrema tendunt, finemque propositum. Ille siquidem criminosum continet factum, nullatenus distinguitur a delicto, et ambigi nequit, quin delictum sit perfectum, atque absolutum. Sexti Tarquinii flagitio nil defuit, qui conatus blanditiis, terrore expugnare Lucretiam; tandem obstinatam ejus vicit pudicitiam. De posteriori autem specie conatus a nobis sermo instituitur; primumque nunc quaeritur, an scilicet sit delictum, voluntatem delinquendi incipere aliquo actu assumpto, ut loquitur Tryphonius extrinsecus prodere, et niti ad eam pervenire admittendam actionem, quae aliquod praefert delictum. Clodius exempli gratia, ut Pompejam Caesaris adulteraret, muliebri amictus veste, sexumque mentitus, irrepsit in operta Bonae Deae. Quaeritur an adulterii reus quod tentaverit, conatusque fuerit adulterare? *Renazzi Elem. juris crim. lib. 1. Cap. 4. n. 2.*

In riguardo poi all'applicazione della pena, l'articolo 70 dispone punirsi il misfatto tentato con uno a due gradi meno del misfatto consumato » Egli richiedesi necessariamente, riflette Romagnosi, che l'atto che si vuole assoggettare a pena, sia per se stesso valevole ad apportare un nocumento ingiusto.

» Ora l'attentato reca un male ingiusto, turbando il godimento della sicurezza, che la società e gl'individui di lei sono in dritto di godere. Dunque sarà cosa giusta opporre una pena all'attentato, semprecchè non si possa usare di altro mezzo, onde impedire ch'egli sia commesso. *Romagnosi. Genesi del dritto penale Tomo 4. §. 701.*

In ragione però della gravezza dell'azione colpevole gl'imperatori Arcadio, ed Onorio rescrissero punirsi con severità eguale la volontà del maleficio, e'l maleficio effettuato.

» Eadem severitate voluntatem sceleris quam effectum puniri jura voluerunt. *L. 5. §. 1. Cod. ad L. jul. maj.*

Fu questa però una disposizione da Cujacio estesa a tutti li più gravi reati.

» Hoc, ut existimo, non tantum habet locum in crimine laesae majestatis, sed in omni atrociori crimine, non etiam in leviori *L. 22. §. sed etsi D. de minor. L. cogitationis. D. de poenis.* In gravioribus delictis nihil distat scelus a consilio, conatu, voluntate.... et recte Seneca Declam. 1. *Scelera*, inquit, *quamvis citra exitum subsederint puniantur.* Et ita quoque fur, raptor, effractor, vecticularius manifestus, etiamsi rem non peregerit, punitur. *Cujacii Comment. ad tit. 7. lib. 5. Cod. si quacunque praeditus potestate.*

È adunque da conchiudersi con Grozio che la sola gravezza dell'azione colpevole regola il motivo di punire il tentato maleficio; dappoichè si ha in considerazione il pericolo, che può questo produrre alla società colla sua consumazione.

» Inchoata flagitia vindicanda non sunt, nisi res sit gravis, et eo processum sit, ut ex tali actu certum malum, etsi nondum illud, quod intendebatur, sequutum jam sit, aut certe ingens periculum; ita ut vindicatio aut conjuncta sit cum cautione futurae noxae aut dignitatem laesam tueatur, aut periculoso exemplo occurrat. *Grotius. De jure belli, et pacis, lib. 11. cap. 20. §. 24.*

È mestieri pertanto osservare, che non mai la gravezza dell'azione colpevole viene a valutarsi arbitrariamente. Il giudice del fatto dichiarerà quest'azione più o meno punibile secondocchè l'effetto criminoso risulta più o meno grave. È questa la massima consagrata dalla già nostra corte di cassazione con decisione de' 8 giugno 1811.

» *Fatto.* La corte criminale della provincia di Principato citeriore con decisione de' 26 aprile del corrente anno 1811 dichiarò costare, che Francesco Sacco era colpevole di tentato omicidio in rissa in persona di Ottavio di Lorenzo, e d'ingiurie reali in persona di Maria Rosa Marsicano: dichiarò costare, che Giuseppe Basile era colpevole di ferita commessa con arma in persona di Antonio di Catarina; e non costare, che Francesco Sacco fosse complice in tal delitto, ed applicando gli articoli 16, 66. 69. e 179. della leg. pen. de' 20 maggio 1808, condannò Francesco Sacco alla pena de' ferri per anni sei, ed alle spese del giudizio: applicando poi la lettera ministeriale de' 6 ottobre 1810, condannò

Giuseppe Basile alla pena di tre anni di detenzione, ed alle spese del giudizio.

» Contro di tale decisione i condannati si provvidero di ricorso per cassazione. Il Sacco assunse, che la imputazione di tentato omicidio, e la pena a questo inflitta dalla legge non possono mai aver luogo, dove non siavi ferita di sorta alcuna. Il Basile poi assunse di essersi violato l' articolo 13 della legge penale.

» Udito il rapporto; ed inteso il giudice cavaliere Farina rappresentante il pob. minist. nelle sue verbali conclusioni, colle quali ha chiesto il rigetto del ricorso di Basile, e la cassazione della decisione in rapporto a Sacco.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio.

» Visti gli atti: vista la decisione: visti entrambi i ricorsi per cassazione.

» Visto l'articolo 206 del regolamento de' 20 maggio 1808.

» Atteso che la posizione di aver ferito per propria difesa, asserita dal ricorrente Giuseppe Basile, viene smentita dalla quistione di fatto fissata irrevocabilmente dai giudici della corte criminale.

» La gran corte rigetta il ricorso del suddetto condannato.

» Facendo poi dritto al ricorso prodotto da Francesco Sacco.

» Visti gli articoli 16. e 66. della leg. pen. de' 20 maggio 1808.

» Attesochè per disposizione espressa del detto articolo 16. la imputabilità del reo nel tentato delitto è in ragion diretta della gravità dell' effetto seguito.

» Atteso che in forza dell' articolo 66. la modificazione di uno, o due gradi della pena scritta segue nè delitti non consumati la qualità delle conseguenze.

» Atteso che per i principj generali di dritto, la diminuzione legale della pena è sempre nè delitti, in ragion inversa della imputabilità del delinquente.

» Considerando, che dalla combinazione di questi principj, e de' precitati articoli risulta evidentemente, che ove alcuno abbia scagliato un colpo con animo di uccidere senza riuscirvi, la sua azione è più, o men punibile, secondocchè l' effetto crimioosoo stato più, o meno grave, ond' è che non sarebbe lecito, ed offenderebbe ogni proporzione di giustizia diminuirsi di due gradi la pena scritta nel caso, in cui sia avvenuta ferita, e diminuirla di un solo grado in quello, in cui il colpo sia andato interamente a vuoto.

» Considerando, che i giudici della corte criminale di Salerno, obliando queste massime di ragione, e di legge, e male applicando gli additati articoli 16. e 66. dopo aver dichiarato che Francesco Sacco scaricò un'arma da fuoco contra Ottavio di Lorenzo con intenzione micidiale, ma senza veruna trista conseguenza; e dopo aver stabilito, che il colpo fu tirato in rissa, di cui il Sacco non era stato l'autore, ed in seguito di giusto risentimento; in vece di proporzionare il minoramento della pena all' effetto, ch' era stato minimo, non modificò la pena scritta, che di un grado solo.

» Per queste ragioni la gran corte ritenuta la quistione di fatto, e la definizione del delitto, cassa per falsa applicazione di pena, e rimette la causa alla corte criminale di Napoli.

La stessa corte di cassazione con decisione de' 20 gennaro 1814 dichiarò, che il carattere del tentativo dee chiaramente essere espresso nei particolari estremi che lo definiscono, onde applicarsi la pena corrispondente.

» *Fatto*. Luigi Perillo fu accusato presso la corte criminale di Napoli di tentato assassinio in persona del germano Simone Perillo, e di furto commesso a danno di Pasquale Perillo. Giudicando di tal causa quella corte con decisione de' 18 ottobre 1813 premise il seguente fatto.

» Facendo parte il Luigi Perillo della coscrizione dell'anno 1810 si rese refrattario. In giugno 1812 volendo egli prendere in moglie Teresa Cimino trovò ostacolo nella sua qualità di coscritto, e refrattario. Allora egli volle far credere, che il suo fratello Simone era morto, e che perciò non vi era più l'ostacolo della legge. Si diede egli quindi a realizzare la sua falsa assertiva col mettere a morte l' innocente fratello Simone Perillo, il quale dimorava in Napoli insiem col cuoco

del duca di Marigliano. Nel dì 5 febbrajo 1813 portossi egli nel territorio di Pasquale Perillo chiedendogli in prestito due carlini, che servir doveano, come ei disse, a soccorrere il suo fratello, infermo in un'ospedale. Il Pasquale Perillo non avendo danaro, e dovendo nel seguente giorno mandare in Napoli il suo garzone Gioacchino Indolfo per vendere una soma di legna, disse al Luigi di potersi accompagnare col Indolfo, e prendersi il ritratto dalla vendita delle legna.

» La mattina de' 6 febbrajo portossi in Napoli il Luigi coll'Indolfo, e vendute le legna, se ne prese il ritratto in più di 7 carlini, e si fece dare dall'Indolfo anche l'asino su di cui eran caricate le legna. Provvedutosi così il Luigi del danaro, e dell'asino andò in cerca del fratello Simone, e ritrovatolo, siccome questi dovea condursi in Marigliano a portarvi una lettera, egli lo persuase a condursi con lui in Casoria, dove avrebbero potuto entrambi guadagnar molto col travaglio. Simone condiscese, e Luigi per adescarlo vieppiù lo fece montare sull'asino. Luigi dopo averlo condotto in Casoria, non vedendo luogo opportuno ai suoi disegni, lo trascinò fuori dell'abitato, e dopo aver percorso circa un miglio di strada, osservato un fosso profondo 10 palmi, con sei palmi di acqua, diede una forte spinta al fratello, e fattolo cadere nel fosso, si diede alla fuga, abbandonando anche l'asino per quelle campagne. Il Simone Perillo intanto soccorso da alcuni villani, che accorsero ai suoi lamenti, fu estratto salvo dal fosso, e mercè gli ajuti somministratigli ripigliò le sue forze indebolite dalla rigidezza delle acque.

» Dietro questi fatti la corte dichiarò colpevole il Luigi Perillo di tentato assassinio in persona di suo fratello Simone Perillo: dichiarò non costare di essere egli colpevole del furto a danno di Pasquale Perillo: ed applicati gli articoli 2. 296. e 302. del cod. pen. lo condannò alla pena della morte, ed alle spese del giudizio.

» Il condannato Perillo si provvide in cassazione assumendo 1.° Che mancando la premeditazione non potea definirsi il misfatto per tentato assassinio: 2.° Che non potea la corte convincersi di tentato assassinio, subitocchè il Simone Perillo nella pubblica discussione avea sostenuto di essere egli caduto nel fosso casualmente 3.° 4.° e 5.° Che non potea applicarsi l'articolo 2. del cod. pen. mancando i requisiti prescritti per l'applicazione del medesimo. Il di lui avvocato presso la corte suprema signor Nicola Armellini con altri tre mezzi imprese a dimostrar sempreppiù la inapplicabilità dell'articolo 2.

» Udito il rapporto: inteso il signor Nicola Armellini avvocato del ricorrente: ed inteso l'avvocato generale cavalier Nicolini, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto di cassarsi la suddetta decisione.

» La Gran corte deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Visti gli atti: Vista la decisione: Vist'i mezzi per cassazione.

» Considerando su tutti li mezzi per cassazione, che per aver luogo la disposizione dell'art. 2. del codice penale è necessario prima di tutto, che l'agente manifesti con atti esteroi la sua intenzione, ed abbia luogo un cominciamento di esecuzione. Nel caso presente per sostenersi aver cominciato Luigi Perillo la esecuzione del misfatto, avrebbe dovuto la corte punitrice convincersi, che un uomo caduto, o gettato nel fosso della profondità di palmi 10, dovea inevitabilmente morire. La corte non se n'è convinta; e sarebbe molto temerario il convincersene dopocchè il fatto permanente dimostra, che Simone Perillo gettato, o caduto nel fosso suddetto uscì fuori sano, e salvo senza aver provato altro incomodo, che quello di bagnarsi. Dunque non esiste nè manifestazione, nè incominciamento di esecuzione del misfatto.

» Considerando, che quando anche per una ipotesi la più azzardata, e temeraria nella caduta di Simone Perillo nel fosso, caduta, che non potea produrre la morte, come il fatto permanente ha dimostrato, si volesse vedere un cominciamento di esecuzione, per applicare l'articolo 2 del codice penale, avrebbe dovuto la corte punitrice convincersi, che il misfatto non erasi consumato per una circostanza sopravvenuta fortuita, ed indipendente dalla volontà dell'autore. Niente di tutto ciò offre la decisione, e la corte puni-

trice avrebbe dovuto additare questa circostanza per discutere se fosse dipendente, o indipendente dalla volontà dell'autore, ed omettendo un estremo così importante ha malamente applicato l'articolo a violandone lo spirito, e le parole.

» Per queste considerazioni cassa la suddetta decisione col dibattimento dal termine delle 24 ore inclusivamente in poi, e rimette la causa alla corte criminale di Terra di Lavoro. »

Intanto esaminiamo le altre questioni, che sulla specie hanno avuto luogo nella medesima corte di cassazione, e nella suprema corte di giustizia.

1. *Questione.* Ferire alcuno, è tale atto accompagnato alla intenzione di uccidere costituisce l'omicidio tentato? La corte di cassazione a' 12 settembre 1815 decise affermativamente.

Fatto. a Domenico Vietri per cagione improvvisa si scagliò contro un tal Petrosino; lo ferì e l'avrebbe ucciso se non fosse stato trattenuto. La corte criminale di *Principato citra* da molti fatti deduce nell'accusato la volontà di uccidere; definisce la ferita *cominciamento di esecuzione*: dagli sforzi poi che anche, mentre costui era trattenuto, facea tuttora per immolar la sua vittima, trae la conseguenza che la esecuzione fu sospesa per cagione indipendente dalla sua volontà: lo dichiara quindi colpevole di tentativo di omicidio volontario e con decisione de' 26 giugno 1815 lo condanna a' *lavori forzati perpetui.*

» Motivo di annullamento. - Non può esistere tentativo di misfatto e molto meno di omicidio in un'azione volontaria, tumultuaria e momentanea che produsse ferite non gravi e con arme non da fuoco. Ammettendosi l'opposto sistema si distruggerebbe tutto il titolo delle ferite. - Di fatti subito che il codice ha stabilita una definizione particolare della ferita volontaria e della ferita premeditata; chi mai potrà dichiarare l'autore di una di queste colpevole di omicidio volontario o di assassinio, e non di ferita? Per far ciò converrebbe ricorrere 1.° alle quistioni intenzionali, ad cioè si abbia voluto uccidere o ferire, 2.° a stabilire che nella ferita esista il cominciamento d'un omicidio e non di un' altra più grave ferita: e 3.° a fissare con sicurezza che il colpevole in vibrare il colpo fece quanto poteva per uccidere. - Ma in primo luogo le quistioni intenzionali sono perigliosissime alla civil libertà. Esse mettono nelle mani del giudice l'arbitrio spaventevole di trarre dal medesimo fatto conseguenze diversissime e che portano a sua voglia ad una correzione o alla morte. - In secondo luogo il definire che la ferita sia cominciamento dell'esecuzion di omicidio e non di una ferita più grave, resiste manifestamente alla legge. Un urto, non dico una ferita, può produrre la morte. E pure siccome la cessazion della vita è un punto indivisibile in cui il *cominciamento* si confonde col *fine*, e le cagioni ne sono varie ed incerte a segno che fin che non spegnano vi è sempre speranza di vita, così ben può dirsi che da una ferita possa nascere un male più o meno grave, un pericolo più o meno prossimo di morte: ma chi può definire qual sia la ferita che costituisce un vero cominciamento di omicidio? Ecco perchè nel codice è preveduto il caso della ferita premeditata, e questa non perchè è premeditata cessa di esser ferita. Or se fino alla ferita premeditata la legge non suppone incominciamento di esecuzion d'assassinio, in qual ferita potrà supporlo giammai? - In terzo luogo, che l'esecuzione del misfatto siasi arrestata per circostanze fortuite e indipendenti dalla volontà del reo, nelle ferite è assolutamente indefinibile. Nel caso particolarmente dell'armi non da fuoco ma da taglio, di quelle cioè sulle quali è più efficace l'impero della volontà, chi mai può convincere il reo di menzogna s'egli vi dice: *son io che non ho voluto uccidere: son io che ho vibrato il colpo al tal sito e con la tal forza da non poter produrre la morte; nè vi era da temere s'io andava a replicare il secondo colpo; poichè questo avrebbe di mia volontà prodotto un effetto anche lieve; anzi avreste veduto scender l'arme di piatto e dare una percossa quasi da scherzo, se non mi aveste trattenuto*.... Ragionamento a questo a cui tanto meno può rispondersi, quanto più volontario o sia dipendente dalla volontà del colpevole è definito il reato. - Per queste ragioni sembra mal

applicato al caso l'articolo 2.° e doveva in cambio esser invocato l'art. 309 del codice penale. - Violazione dunque del n. 13 art. 1 del decreto 12 settembre 1811.

» Udito il rapporto ec. » Inteso il signor D. Girolamo Majo avvocato del ricorrente. - Inteso il regio procurator generale onorario cavaliere De Giorgio, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La corte ec.

» Visti gli art. 2 e 304 del cod. penale.

» Considerando, che la corte criminale di Salerno dopo aver fissati gli estremi 1.° che l'imputato Domenico Vietri avea la volontà di uccidere Prisco Petrosino, 2.° che la manifestò col cominciamento della esecuzione, e 3.° che non proseguì per cagione indipendente dalla volontà, legalmente applicò al caso l'art. 2 del codice penale. »

» Considerando, che nel fissare così i fatti, estremi dipendenti da mere quistioni di fatto, il giudizio delle corti criminali non è soggetto alla censura della corte suprema, istituita per riparare le violazioni delle parti essenziali del rito, e la cattiva applicazione della legge penale. »

» Rigetta il ricorso. »

2. *Questione*. Un colpo di fucile vibrato contro di alcuno, ma privo di effetto, e senza conoscersi la intenzione di uccidere, definisce il tentativo nell'omicidio? decise negativamente la suprema corte di giustizia a' 20 agosto 1817.

» *Fatto*. Francesco Curto rimproverato da Serafino Torano per alcuni atti indecenti da lui commessi, corse ad armarsi di archibuso, si appostò dietro un albero, lo sfidò ad alta voce, ed essendosi Torano affacciato ad una finestra, egli vibrò verso di lui un colpo che andò voto di effetto. La palla lasciò la sua impressione sull'imposta superiore della finestra.

» La corte criminale senza definire particolarmente se Curto volendo uccidere avesse mancato il colpo per causa non sua, oppure se volontariamente lo avesse vibrato lungi dal segno, lo dichiarò colpevole di *tentativo di omicidio volontario*, e sull'appoggio dell'art. 2 del codice penale lo condannò alla pena sanzionata nella seconda parte dell'art. 304.

» Ricorso.

» Motivo di annullamento - Non può il tentativo di misfatto uguagliarsi al misfatto consumato, se tra gli altri requisiti non sia seguito da un cominciamento di esecuzione. Or l'atto esteriore più notabile nel caso presente e che la corte stabilisce come *cominciamento di esecuzione*, è il *colpo di schioppo*. Questo però senza che altra causa il distornasse, correndo liberamente nella direzione in cui fu vibrato, andò molto al di sopra del punto in cui si trovava Torano, e nella linea che trascorse era un impossibile fisico che potesse uccidere costui. Ma è assai strano il dire che un'azione sia *cominciamento* di un misfatto quando il misfatto medesimo non può da quella ricevere in alcun caso esecuzione. Dunque l'art. 2 è mal applicato. - Ma la legge penale male applicata porta a nullità (*art.* 1. *n.* 13, del *Dec.* 12. *Sett.* 1811. *art.* - 114. della *legge organica*). Dunque la decisione in esame è nulla.

» Udito il rapporto ec. Inteso l'avvocato generale cavalier Nicolini che ha chiesto l'annullamento della decisione con tutti gli atti antecedenti dal termine delle 24 ore. »

» La corte suprema di giustizia ec.

» Sul *mezzo* proposto - Perchè il tentativo del misfatto sia considerato come il misfatto medesimo sono prescritti essenzialmente dall'art. 2 del codice penale i seguenti requisiti 1.° Volontà di commettere il misfatto ed atti esteriori che manifestano cotesta volontà 2.° Cominciamento di esecuzione 3.° Mancanza di effetto per circostanze fortuite, o indipendenti dalla volontà dell'autore. »

» Nella specie di cui è parola (senza entrare in altri dettagli) mancano i fatti elementari costitutivi della volontà di uccidere. Manca quindi uno de' dati principali, il che si risolve in violazione del citato art. 2; in oscurità di fatto; in definizione mal derivata da fatti non chiari; ed in ultimo in applicazione illegale di pena. »

» Visto il mentovato art. 2 del cod. pen.

» Visto l'art. 19. del *Dec.* de' 3 aprile 1812 concepito ne' termini seguenti - » *Le sentenze in ultima istanza, e le decisioni, che non sieno motivate, sono dichiarate nulle.* »

» Annulla la decisione profferita dall'abo-

ita corte criminale di Cosenza insieme col dibattimento dal termine delle 24 ore inclusivamente in poi, e rinvia la causa; e l'imputato a quella di Catanzaro per un più esatto giudizio. »

Vedi ancora *Complicità* §. 1. 1. *Questione*,

3. *Questione*. Non dimostrato il motivo per cui il contraffacimento di una firma non siasi portato ad effetto, può aver luogo una falsità tentata? La corte di cassazione a' 9 novembre 1815 decise per la negativa.

» *Fatto*. Matteo Gallo depositò nella cancelleria di appello di Napoli una quietanza della ragion mercantile Wancolle e Gagliardi ad oggetto di dimostrare la soddisfazione di un suo debito verso questa ragione. La soscrizione di una tal quietanza fu trovata in seguito alterata; per esserne tutte le lettere, eccetto le ultime quattro, ritoccate da altra mano con inchiostro bianchiccio. Gallo accusò Gagliardi di *tentativo di falsità* per oggetto di privar lui delle ragioni nascenti da quella carta. Una perizia assicurò la verità della firma Wancolle e Gagliardi, e il tentativo che mano estranea avea fatto di alterarla per spargere dubbj sulla medesima. Gagliardi all'incontro attaccò la carta di simulazione: disse che le *ritoccature* ivi esistenti eran fatte dall'istesso Gallo per prolungare con un giudizio criminale il giudizio civile, e chiese che la corte criminale dichiarandosi incompetente per mancanza di materia punibile, avesse rinviato le parti al giudizio civile.

» La corte criminale ordinò che si proseguisse il giudizio criminale, assumendo che concorrevano nell'accusa di Gallo gli estremi del tentativo della falsità.

» Ricorso per cassazione.

» Mezzo di annullamento — Mancano tutti i caratteri del *tentativo*; e la corte criminale ha spiegato il procedimento su fatti che non contengono nè misfatto nè delitto, e che sono di esclusiva e piena conoscenza del giudice civile.

» La corte suprema domandò rischiaramenti dalla corte criminale particolarmente per conoscere la indicazione de' fatti semplici da' quali si era desunto che la cominciata falsificazione della soscrizione *Wancolle* e *Gagliardi* era stata interrotta da cagioni indipendenti dalla volontà dell'imputato. La corte criminale nel dare gl' indicati rischiarimenti si espresse nel modo seguente — » Ordina che si rimetta alla corte di cassazione la copia dell'atto di contraddizione tenuto tra le parti, e la copia della perizia fatta sulla ricevuta attaccata di falso, sulla quale la corte attenendosi al solo giudizio dato da' periti, ha creduto desumere, che la incominciata falsificazione della soscrizione era stata interrotta da cagioni indipendenti dalla volontà del reo. »

» Udito il rapporto ec. Inteso il signor D. Gennaro Mirra avvocato del ricorrente. Inteso l'avvocato generale cavaliere Nicolini, che ha chiesto cassarsi la decisione.

» La corte ec.

» Visti gli art. 2 e 150 del cod. penale »

» Atteso che trattasi nel caso presente la quistione, se vi sia luogo a procedimento criminale contra il signor Alfonso Gagliardi, imputato di aver tentato di commettere una falsità in un biglietto privato, sistente nelle produzioni del signor Matteo Gallo nella corte di appello di Napoli per la causa civile che ivi pendeva. »

» Atteso che ai termini dell' art. 2 del cod. penale l'elemento essenziale del tentativo consiste nel fissare l' estremo, che il misfatto non siasi consumato per causa indipendente dalla volontà dell' autore. »

» Atteso che la corte criminale di Napoli con i rischiarimenti cercatile da questa corte suprema ha manifestato che nessun rastro di pruova col replicato processo della istruzione erasi potuto acquistare, fuori che quella nascente dalla perizia la quale assicura il fatto permanente dell'alterazione della firma *Wancolle* e *Gagliardi*, ma non la ragione per cui questa alterazione non è stata portata al contraffacimento effettivo della firma: dimodocchè manca la esistenza di un estremo, che costituisce il misfatto tentato. »

» Cassa, ed annulla ec

4. *Questione*. Tentare l'aborto senza che l'aborto sia avvenuto stabilisce un misfatto tentato? La corte di cassazione a' 25 luglio 1815 decise negativamente.

» *Fatto*. Nicolea Tantalo gravida da impuri congressi tentò più mezzi per abortire, ma invano. Abortì poi effettivamente, ma per

involontaria caduta, dalla quale riportò una ferita. Con tutto ciò si aprì contro di lei un giudizio penale e convinta de' mezzi ch' ella aveva precedentemente usati per tarda vergogna del suo fallo, fu dalla corte criminale del secondo Abruzzo ulteriore con decisione de' 26 aprile 1815 dichiarata colpevole di tentativo di aborto, e condannata a' termini degli art. 2 a 317 del codice penale.

» Mezzo di annullamento. - L'art. 317 esclude dalla classe de' misfatti i tentativi di aborto. » Vi ha (si dice nel rapporto fatto pel codice penale a nome della commissione legislativa) vi ha un attentato de' più gravi; e pel quale gli autori della legge non hanno creduto di dover punire il solo tentativo di commetterlo, e questo è l'aborto volontario. - Un tal reato si aggira sovente sopra timori, e quando non è consumato, oltre che la società non ne risente alcun danno, egli è anche assai difficile il verificare legalmente una intenzione quasi sempre incerta ed un tentativo troppo spesso equivoco, specialmente nella supposizione dell'impotenza della sua cagione e della nullità de' suoi risultamenti. - Tutto però cessa, se l'aborto ha avuto luogo. Allora il fatto chiaramente mette in vista la reità di chi lo ha commesso e di coloro che lo hanno coadjuvato. In qualunque maniera lo abbiano favorito, sono eglino puniti non meno della madre, che avrà fatto uso, o permesso che si facesse uso dei mezzi opportuni per ottenere un tale intento. - Le leggi romane condannavano a morte i rei dell' aborto nel solo caso in cui il figlio avesse incominciato a vivere. Le antiche leggi francesi, inviavano indistintamente al patibolo, quella che distruggeva un frutto vivente o un germe senza vita, ed anche in certa circostanze le madri che avevano occultata la loro gravidanza, per servirmi della espressione consacrata nel troppo famoso editto di Errico II. - Gli autori del progetto di legge si sono giustamente allontanati da questo eccessivo rigore: hanno condannato i rei alla pena della prigionia, ed a' lavori forzati per un dato tempo i cerusici, medici, speziali ed altri uffiziali di sanità che avessero indicate o somministrate bevande o medicamenti distruttivi dell' opera della natura, e fatto uso per distruggere, di un arte che non devono impiegare se non per conservare. »

» Or la corte criminale (ripiglia il ricorrente) ha classificato tra' misfatti un tentativo che la legge espressamente esclude da questo numero. Violazione dunque dell' art. 2 e 317.

» Udito il rapporto ec. - Sulle conclusioni dell' avvocato generale interino cavaliere Libetta, che ha chiesto cassarsi la decisione.

» La corte ec.

» Visti gli art. 2 e 317 del codice penale concepiti ne' termini seguenti - Art. 2 » Ogni tentativo di misfatto manifestato con atti esteriori, e seguito da un cominciamento di esecuzione, se esso è stato sospeso, o non ha avuto il suo effetto per circostenze fortuite o indipendenti dalla volontà dell' autore, è considerato come il misfatto medesimo. » Art. 317. Chiunque con alimenti, bevande, medicamenti, con violenza, o con qualunque altro mezzo avrà procurato l'aborto di una donna incinta, o che questa abbia o no acconsentito, sarà punito colla reclusione. - La stessa pena sarà pronunziata contro alla donna che avrà procurato a se stessa l'aborto, o che avrà acconsentito a far uso de' mezzi ad essa indicati o apprestati a quest' effetto, se n' è seguito l' aborto. » (*Questo articolo corrisponde all' articolo*, 395 *delle nostre leggi penali. Vedi.* Aborto §. 1.)

» Atteso che la corte col suo criterio morale ha creduto, che Nicolea Tantolo non fosse la rea del seguito aborto, avendo attribuito questo ad effetto della ferita, che dal caso, e non dal di lei dolo o colpa fu alla stessa cagionata, ma l'ha dichiarata colpevole soltanto di aborto antecedentemente ed in altro tempo tentato; ed adattando al caso in quistione l' art. 2 del codice penale in vigore, l'ha condannata alla pena di cinque anni di reclusione stabilita nell'art. 317 considerando il tentativo come il misfatto medesimo. »

» Atteso che il citato art. 317 punisce colla reclusione la donna che avrà procurato a se stessa l'aborto, o che avrà acconsentito a far uso de'mezzi ad esse indicati o apprestati a questo effetto, se però ne sia seguito l' aborto. Dal che si deduce, che la legge

non irroga pena alcuna al tentativo dell'aborto, quando questo non sia seguito.

» Atteso che le regole generali prescritte dal codice nel citato art. 2 sotto al titolo delle disposizioni preliminari cessano ne' casi particolari, ne' quali la legge ha stabilito il contrario. »

» Cassa ed annulla ec: »

5. *Questione*. Quantunque l'aborto procurato non sia avvenuto, quegli che ne ha somministrati i mezzi può dichiararsi complice nel tentativo di aborto? A 5 agosto 1815 la corte di cassazione decise per la negativa.

» *Fatto*. Lucia Spatola fu impiegata dall' amante di una donna a somministrare a costei bevande ed altri mezzi per farla abortire. I tentativi, benchè ripetuti, rimasero voti di effetto.

» La corte criminale di Salerno con decisione de' 14 gennajo 1815 dichiarò Lucia Spatola colpevole di complicità in un tentativo di aborto, e la colpì della pena indicata nell'art. 317 del codice penale.

» Mezzo di cassazione. - L'art. 317 esige l'aborto consumato e non può estendersi al tentato - Violazione del n. 13 art. 1 del decreto 12 settembre 1811.

» Udito il rapporto ec. - Sulle conclusioni dell' avvocato generale cavaliere Nicolini, che è stato di avviso doversi cassare la impugnata decisione

» La corte ec.

» Visti gli art. 2 a 317 del codice penale

» Atteso che combinando l'art. penale 317 ne'suoi tre §§. chiaro risulta che se l'aborto non è seguito, la legge non punisce colui che lo ha procurato, formando così una eccezione alla regola generale segnata nell'art. 2 sia perchè i perigli dell'aborto si aggirano sovente sopra timori vani; sia che è ben malagevole il verificare giudizialmente una intenzione quasi sempre incerta; sia finalmente che un tentativo di tal indole è troppo frequentemente equivoco, specialmente nella supposizione della sua cagione e della nullità de' suoi risultamenti; e perciò la legge non colpisce il reo, se non quando l'aborto è consumato. Segue da ciò che la corte punitrice ha violato quello stesso articolo che ha invocato. Ne segue ben anche che il soggetto caso non formando materia di persecuzion criminale, non vi ha luogo a procedere. »

» Cassa ed annulla la decisione della corte criminale di Salerno de' 14 gennaro corrente anno ec. »

» §. 2. I tentativi de' delitti, e delle con-
» travvenzioni non sono imputabili, che ne
» casi specialmente determinati dalla legge.
» *Art. 71. Leg. pen.*

Questi casi determinati non riguardano, che i delitti mancati, o tentati contra le proprietà per le disposizioni contenute nel canone seguente.

» Nei reati contra le proprietà mancati o tentati, se si tratta di misfatti, saranno osservate le disposizioni degli articoli 69, e 70, se si tratta di delitti saranno puniti di uno a due gradi meno dei delitti consumati. *Art. 452. Leg. pen.*

» §. 3. Ne reati mancati o tentati, in
» modo però che gli atti di esecuzione co-
» stituiscono per se stessi un reato consuma-
» to, si farà confronto fra la pena di questo
» reato consumato, e quella del reato tenta-
» to o mancato, e si applicherà la più grave.
» *Art. 72. Leg. pen.*

È attributo esclusivo dei giudici del fatto il definire se gli atti di esecuzione costituiscono, o no per se stessi un reato consumato. Vedi §. 1. *Questione 1. decisione de' 12 settembre* 1815.

» §. 4. Se il corso del reato sia stato in-
» terrotto per causa del pentimento del col-
» pevole, egli allora non soggiacerà che alla
» pena degli atti già eseguiti, quante volte
» questi sieno dalla legge caratterizzati per
» reati. *Art. 73. Leg. pen.*

Così Paolo.

» Qui falsam monetam percusserint (*Sed nondum formaverint*, *nam formare idest perficere*) si in totum formare noluerunt suffragio justae poenitentiae absolvuntur *L. 19. D. ad leg. corn. de falsis.*

Casus. Qui percussit falsam monetam non tamen perficere eam vult, idest formare, absolvitur; idest non punitur. *Accurs.*

I fogli periodici di Parigi del mese di gennaro 1815 riportarono una decisione di quella corte reale, da cui si ha un chiaro esempio del pentimento manifestato prima della esecuzione del misfatto.

» *Fatto* Emilia Parrain giovanetta a diciotto anni vivea sotto la cura della vedova madre, che nulla avea trascurato per la di lei buona educazione. Nel 28 febbrajo 1814 questa giovanetta premeditando il più atroce misfatto, provvedutasi di un lungo coltello, che tenne nascosto nella calza della sua gamba sinistra, attese che annottasse. Indi introducendosi furibonda nella stanza, ove la madre intrattenevasi leggendo, tratta fuori l' arme, elevò il braccio omicida per pugnalare quel seno che l' aveva concepita. Allo strepito si volse la tradita donna, e gittò un grido di spavento. Emilia allora lasciò cadere dalla sua mano l' arme fatale, e fuggì rapidamente. Sbarordita, cogli occhi infiammati, manifestando i segni di una furiosa demenza, corre nelle prigioni di Parigi, esclamando, io vengo dall' aver assassinata la mia stessa genitrice; il colpo però mi è mancato; ma questo braccio non mancherebbe altra volta.

» Condotta innanzi al magistrato fu interrogata sulle cagioni del suo livore, e null' altro seppe indicare se non di essere trattata da qualche tempo con freddezza, simile affatto all' odio di una madrigna. La cagion vera però fu il divieto di ritornare in una disegnata abitazione ove un misterioso intrigo si celava. Fu trasportata innanzi la corte reale di Parigi nel 29 dicembre 1814 coll' accusa di tentato parricidio. Nella pubblica discussione essa confessò ingenuamente il premeditato disegno. - Cercai inutilmente, disse ella, di frastornarne il pensiero con addirmi al travaglio, ed alle cure domestiche: un' ignota forza mi strascinava al misfatto: penetrai nella stanza ove dimorava mia madre: snudai il ferro omicida; ma l' orrore di un tanto eccesso mi sbalordì, gettai l' arme fatale, e fuggii.

» Allora le si oppose che desistè dal consumare il parricidio al grido di spavento che diè fuori la genitrice. Ella sostenne che non l' intese, e che la madre non la vide, che quando, gettata l' arme, fuggiva. Chi dunque (soggiunse allora il presidente) ha trattenuto il braccio parricida? L' amor filiale, ella rispose. No, gridò egli, la provvidenza piuttosto, e beneditela. La provvidenza sì, riprese ella, versando un fiume di lagrime; la provvidenza sì, ed umilmente la benedico. Le fu ricordato allora di aver confessato nel presentarsi nelle prigioni, che veniva dall' aver assassinata la madre, e che se il colpo era mancato allora, non sarebbe così avvenuto per la seconda volta. Io ho potuto dirlo, essa rispose; ma nol ricordo: il mio spirito era in convulsione: io non era presente a me stessa.

» Una ingenua dichiarazione presentata da una giovanetta a diciotto anni, di una costituzione delicata, di una fisonomia dolce, con maniere modeste, con voce interrotta sovente da' singulti, con occhi pieni d' innocenza e di candore, commosse i cuori di tutti gli spettatori. Non più vedeasi con orrore la colpevole del più atroce misfatto; ma la sciagurata, strascinata da avverso fato alla sua perdizione.

» Posta in discussione l' accusa, fu dichiarato dal Giurì di esser colpevole Emilia Parrain di tentato parricidio con premeditazione, e con incominciamento manifestato da atti esteriori, con essersene però sospesa l' esecuzione non per estranee circostanze, ma per volontà dell' accusata medesima.

» Fra gli applausi della gioja fu pubblicata la libertà della giovanetta che essa sentì colla più fredda indifferenza ec. ec. ec.

Non può dirsi tentato veneficio se comprato il veleno, e combinato il modo di apprestarlo, se ne impedisca poi la sua esecuzione. Decisione della corte imperiale della Senna de' 11 maggio 1811.

» *Fatto*. La signora Levaillant odiava la suocera sino alla follia, e formava voti continui per la morte di lei. Questa aveva del pari la sua nuora in orrore: desiderava ardentemente di rinserrarla in un chiostro, mettendo in campo l' intrigo sostenuto dal denaro di cui abbondava. La signora Levaillant si risolvette alfine di avvelenare la vecchia, ed associò alla trama la sua cameriera. Costei vi attirò il cocchiere istesso della suocera. Ma il cocchiere allettato più dalle ricchezze della sua padrona che da' vezzi della cameriera, e da' doni della giovane irritata, fingendo secondare la signora Levaillant, si ricevette da lei un cassettino che conteneva il veleno: e sul modo di esecuzione tenne un lungo colloquio colla stessa. Antecedentemente però

aveva nascosti due testimonj nel gabinetto destinato all'abboccamento, il quale ebbe fine coll'espressioni pronunziate da Levaillant - *rendimi il cassettino: io rinunzio a tutto.*

» Accusata la giovane dama, diversamente furon deposte queste ultime parole, che indicavano la rivocazione del mandato. Il cocchiere sosteneva ch'erano state pronunziate quando la dama sentendo un rumore nel gabinetto, ove rimanevano celati i due testimonj finse la sua ritrattazione. I due testimonj per l'opposto sostennero che rumore non vi fu, e che la ritrattazione fu in conseguenza di una volontà ritornata a resipiscenza.

» Allora fu posto in discussione l'articolo 2 del codice penale relativamente a'tentativi di misfatto, onde esaminarsi se le operazioni della dama Levaillant comprendevano tutte le circostanze richieste nell'articolo medesimo per innalzare il tentativo a misfatto consumato.

» L'acquistar del veleno, salariar la persona che deve somministrarlo, consegnarlo all'agente del misfatto, è appunto ciò che costituisce la preparazione, ed il cominciamento di esecuzione. Ma si attribuirà a circostanza fortuita o indipendente affatto dalla volontà dell'autrice la mancanza della consumazione del misfatto ?

» Il Giurì per la dubbiezza di pruova raccolta sulle cagioni che animarono quelle espressioni: *rendimi il cassettino; io rinunzio a tutto*, nel dichiarar la donna colpevole del solo tentativo manifestato con atti esteriori, pronunziò che non vi fu cominciamento di esecuzione, e che la sospensione non dipese da circostanze fortuite, indipendenti dalla volontà dell'accusata.

» Allora il presidente prima di pronunziare l'ordinanza di assoluzione rivolse alla giovane Levaillant il seguente discorso.

» Il Giurì vi ha dichiarato colpevole solamente di qualche parte di fatto costitutivo di un terribile reato. Se il tentativo di questo non fu sufficientemente caratterizzato, voi lo dovete meno alla vostra virtù che alla fortuna, la quale o qui confuse oggi le pruove, o in difetto di sentimenti generosi v'ispirò allora un timor salutare. La corte non può fulminar pena sul vostro capo; e la legge mi obbliga a mettervi in libertà. Vi abbandono però a'vostri rimorsi, se pure siete ancora capace di sentirli. Possan essi ispirarvi quella virtù, da cui vi siete così criminosamente allontanata! »

Per la tentata bigamia vedi *Bigamia* §. 3.

» **TESTAMENTO** §. 1. Il testamento è » un atto col quale il testatore dispone, pel » tempo in cui avrà cessato di vivere, di » tutti o di parte de'suoi beni, e che ha la » facoltà di rivocare. *Art.* 815. *Leg. civ.*

Questa definizione è di Modestino.

» Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit (*directo instituendo heredem: alias large dicitur testamentum quasi testatio mentis; ut etiam codicillos comprehendat*) *L.* 1. *D. de testamentis.*

Vinnio mette a confronto questa definizione di Modestino coll'altra data da Ulpiano, e presenta del testamento una più perfetta definizione.

» Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum *L.* 1. *h. t.* Justam sententiam si accipimus solemnem, aut plenam, hoc est integram, et de omnibus bonis (utraque enim significatio huic verbo convenit) hac nota satis removebuntur codicilli. Expressior tamen est illa Ulpiani *in frag. tit.* 2. qui sic definit: *Testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixisset, uti, et in *L. qui testamento* 20. §. *et veteres.* 8. *h. t.* contestationem supremam; quoniam non est simplex voluntatis enunciatio aut demonstratio, sed testata, hoc est, declarata, et exposita apud eos, qui ut testes essent rogati sunt, hoc modo: *Haec ut in tabulis scripta sunt, ita, Quirites, testor. Itaque testimonium perhibitote.* Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus: *Testamentum est suprema contestatio in id solemniter facta, ut quem volumus, post mortem nostram habeamus heredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent *L.* 1. §. 3. *de hered. instit.* Sunt autem hae definitiones conceptae de iis testamentis dumtaxat, quae fiunt jure communi omnium civ. romanor. ad ea quae fiunt

jure proprio, et singulari, qualia sunt militum, et quorundam etiam paganorum. *Vinnii Instit. lib. 2, tit. 10. de Testamentis ordinandis in princ. n. 2.*

Definito col nostro articolo che il testamento è un atto col quale il testatore dispone de' suoi beni pel tempo in cui avrà cessato di esistere dice Toullier, donde può pervenire all' uomo questo sorprendente impero che si estende anche al di là della sua vita su' beni che più non gli appartengono? Dee ciò alla natura o al dritto civile?

» Questa quistione sì spesso e sì diversamente agitata dagli autori, è facile a risolversi, quando si fa riflessione alla origine della proprietà. Si è veduto, nel secondo libro, che prima dello stabilimento dello stato civile, essa non era separata dal possesso; che non era altro se non il dritto di usare e di godere della cosa finchè si possedeva, e che tosto che si era cessato di possedere, la cosa diveniva di nuovo soggetta al dritto del primo occupante. In un tal ordine di cose è evidente che la sola volontà del possessore non poteva bastare per trasferire ad un altro il proprio dritto. Non poteva trasferirlo se non colla tradizione o colla immissione in possesso. Allora dunque non potevano esigere altri testamenti, fuorchè donazioni per causa di morte accompagnate dalla tradizione, e risolvibili per l'avvenimento delle condizioni, come la donazione di Telemaco al suo amico Pireo sì spesso citata per esempio.

» Quando la proprietà si rese permanente, cioè, quando il proprietario fu autorizzato dalle leggi civili a rivendicare, contro un nuovo possessore, la cosa di cui avea perduto il possesso, potè senza dubbio trasferire il suo dritto mediante una convenzione passata con un' altra persona che metteva in sua vece; ma questa facoltà non poteva estendersi al di là della vita. Implica contraddizione che l' uomo, conservando tutti i suoi dritti finchè è vivo, possa volere ed ordinare per un tempo in cui ha cessato di esistere; che possa trasferire un dritto, non attualmente, ma pel tempo in cui l'avrà perduto.

» Si concepisce che, trasferendo l'attuale suo dritto, può ritardare sino alla sua morte la esecuzione della sua convenzione, e stipulare che colui che intende gratificare non entrerà in godimento se non alla sua morte, giacchè al momento in cui si verifica questo avvenimento, il donatario si trova di avere un dritto acquistato in virtù della convenzione.

» Ma non si può concepire, nè che la sola volontà dell' uomo possa creare un dritto in favore di colui che non è concorso all' atto, accettando mentre è vivo il donante, nè che dopo la morte di quest' ultimo, il donatario possa acquistare un dritto accettando le offerte di una persona che ha cessato di esistere e che la morte ha spogliato di tutti i suoi dritti.

» Imperciocchè o la legge civile ha regolato l' ordine della trasmissione de' beni, ed allora il proprietario morendo pria che alcun dritto fosse acquistato a colui che volea gratificare, i suoi beni passano immediatamente a coloro che sono chiamati dalla legge; o la legge civile nulla ha stabilito sulla trasmissione dei beni, ed in questo caso quelli del defunto sono acquistati per dritto di occupazione da coloro che se ne trovano possessori alla sua morte.

» Dal dritto civile proviene dunque la facoltà di testare; e come la maggior parte de' popoli si sono accordati ad ammetterla di una maniera più o meno estesa nella loro legislazione, si è detto, che proviene dal dritto delle genti, cioè, dal dritto ricevuto presso tutte le nazioni. È una invenzione, dice d' Aguesseau, del dritto delle genti autorizzata dal dritto civile.

» Il dritto di testare si stabilì per motivi d'interesse pubblico e per motivi d'interesse privato.

» La società rientrerebbe nel disordine, se i beni di ciascun proprietario fossero dopo la sua morte abbandonati al primo occupante. È dunque necessario di regolare la trasmissione de' beni da una generazione all' altra. Ma la legge non potendo conoscere gl' individui di ciascuna famiglia, a' quali è più conveniente di farli passare, confidò questa cura a ciascun padre di famiglia, che dee esser istruito del merito e de' bisogni di coloro che da lui dipendono. La facoltà di testare gli fu rimessa come un ramo del potere legislativo, come una magistratura, di cui

dee far uso per incoraggiare e ricompensare la virtù, per reprimere o punire il vizio nel seno della propria famiglia. Così i romani aveano considerata la facoltà di testare, che riguardavano come una parte del dritto pubblico. Un testamento era una legge. *Pater familias uti legassit ita jus esto: dicat testator et erit lex.* In mancanza di questa legge particolare la legge generale regolava la trasmissione de' beni: così la forma de' testamenti era in Roma la stessa forma delle pubbliche leggi.

» Da un' altra banda la facoltà di testare nell'interesse del proprietario gli fu data come un'arma per farsi ubbidire, quando tutti gli altri mezzi gli sfuggono. Un vecchio, un ammalato che non avesse alcuna cosa da dare nè da togliere, potrebbe esser esposto a vedersi privo di soccorso al momento in cui ne ha il maggior bisogno, se non potesse ricompensare le cure di un fedele servitore, riconoscere lo zelo e l'attaccamento dell'amicizia, nè punire l' abbandono di parenti ingrati. Questo fu il motivo che fece ammettere il dritto di testare nelle nostre consuetudini, nelle quali non era ammessa la istituzione di erede.

» Finalmente dopo la religione, la più dolce consolazione dell'uomo moribondo, consiste nel migliore ed ultimo impiego del suo patrimonio, nella distribuzione che gli viene indicata dalla sua saggezza e dalla sua giustizia. *Toullier. Corso di dritto civile. Tomo* 5. §. 343. *a* 344.

Pei testamenti, che contengono condizioni impossibili, e contrarie alle leggi o al buon costume vedi *Donazione* §. 2.

Su la capacità di disporre o di ricevere per testamento vedi *Donazione* §. 3 a 4.

Delle regole generali sulla forma de testamenti.

» §. 2. Qualunque persona può disporre
» per testamento tanto a titolo d'*instituzione*
» *di erede* quanto a titolo di *legato*, o con
» qualsivoglia altra denominazione atta a ma-
» nifestare la sua volontà. *Art.* 892. *Leg. civ.*

» Si comprende benissimo, dicono gli autori delle pandette francesi, che le parole *qualunque persona* adoperate dalla legge, non si debbono intendere indefinitamente; ma bisogna soggiungervi *che ha la capacità di testare.*

» Si osservi ancora che la istituzione dell' erede ha l' effetto del legato, e che all' opposto il legato universale ha il carattere della istituzione.

» Si osservi dippiù, che dopo questa legge per determinare l'effetto della disposizione del testatore non dee mettersi attenzione, alle parole di cui egli si è servito, ma alla volontà, che ha manifestato: se per es. ha detto: *Dono a Tizio tutti i miei beni* ovvero *Voglio che Tizio sia mio successore*: Tizio sarà suo erede, oppure suo legatario universale, secondo che il testatore lascerà, o no eredi legittimi. *Osservaz. all'* 967 *del cod. civ.*

Coloro, dice inoltre Pothier che sono stati condannati alla pena di morte, sia naturale, sia civile, quale è quella delle galere a vita o dal bando perpetuo dal regno, perdendo in forza di questa condanna lo stato civile perdono in conseguenza il dritto di testare.

» Bisogna eccettuarne 1.° quelli che sono condannati alla pena di morte naturale da un consiglio di guerra, perchè queste condanne non fanno perdere lo stato civile; 2.° quelli che essendo stati condannati da una sentenza pronunziata in contraddittorio sono morti pendente l'appello; o che essendo stati condannati da una sentenza in contumacia sono morti entro i cinque anni successivi alla esecuzione della sentenza, che loro sono accordati per presentarsi; o quelli la di cui condanna in contumacia venne annullata a motivo della loro presentazione, o dell' imprigionamento eseguito anche dopo i cinque anni, se non furono posteriormente condannati ad una pena capitale; perchè tutte queste persone si reputano morte *integri status*, e non aver perduto il loro stato civile, che era soltanto in sospeso.

» Vi hanno alcuni delitti pe' quali si fa il processo alla memoria del deliquente, cioè quelli di lesa maestà, di eresia, di duello e di omicidio; coloro la cui memoria è condannata per alcuno di questi delitti si ritengono come non partecipi de' dritti civili all'

epoca della loro morte, e per conseguenza il testamento ch' essi avessero fatto non è valido.

» Coloro che per rescritti regj sono cacciati dal regno conservano lo stato civile, e per conseguenza la facoltà di testare; perchè non si può suo malgrado perdere lo stato civile se non in forza di una condanna giuridica.

» Le condanne ad una pena infamante non fanno perdere lo stato civile, sebbene esse lo diminuiscano sotto certi rapporti. *Pothier. Trat. de' testamenti Vol. 1. cap.* 3. *art.* 1. §. 3.

Questo sentimento di Pothier su la condanna per infamia, che non impedisce di testare è contrario al responso di Ulpiano.

» Si quis ob carmen famosum damnetur, senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi (*ut testis*) *L.* 18. *D. de testam. et qui testam. facere pos.*

Secondo la nostra legislazione il solo condannato all' ergastolo (*art.* 16. *leg. pen.*) perde la proprietà che possedeva. La sua successione è aperta a vantaggio de' suoi eredi, come se egli fosse morto senza testamento, non potendo più disporre nè per atto tra vivi, nè per testamento di tutti o di parte de' suoi beni.

Il condannato a morte o dal giudice ordinario o dal giudice militare è colpito dal medesimo divieto? Secondo la dottrina di Cajo avrebbe luogo l' affermativa.

» Si cui aqua et igni interdictum sit, ejus nec illud testamentum valet quod ante fecit, nec id quod postea fecerit. *L.* 8. §. 1. *D. de testam. et qui testam. fac. pos.*

Secondo le nuove leggi il silenzio del legislatore in questa ipotesi darebbbe poi motivo alla soluzione negativa. Ma in trarsi argomento dall' indicato art. 16. delle leg. pen., che vieta al condannato all' ergastolo la facoltà di disporre, potrebbe estendersi tale sanzione anche al condannato a morte. La ragione a deciderci per questo avviso vien suggerita dall' analogia che presso a poco hanno le due condanne in riguardo agli effetti che producono in persona del condannato. Quando la pena dell' ergastolo fa decadere il condannato dalla proprietà de' suoi beni, e 'l fa considerare dalla legge come se egli fosse morto senza testamento, perchè reso privo totalmente, e perpetuamente de' di lui dritti civili; questi medesimi motivi non saranno poi bastevoli a far trarre le medesime conseguenze dalla pena di morte?

Si osserva finalmente, che il nostro articolo 892 messo ad esame, ha il suo rapporto con l' articolo 813. (*Vedi Donazione* §. 1.) In esso stabilita la regola generale, che niuno può disporre de' suoi beni, se non per donazione tra vivi, o per testamento, risulta, che sotto queste due forme viene a trasmettersi ad altri la propria successione: quindi in cotal guisa può solo istituirsi l' erede, può solo farsi il legato. A l' uopo è da riflettersi poi con Ulpiano, che la persona dell' erede è bastante che sia indicata nel proprio nome, o sia dimostrata con qualche segno indubitato, e certo. *Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quando pene nihil a nomine distat, non tamen eo qui contumeliae causa* (ut Titium qui occidit Sejum instituo) *solet addi, valet institutio. Heres institui, nisi ut certus demonstratur, nemo potest. L.* 9. §. 9. *D. de heredib. instituendis.* Nè le parole di *qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la sua volontà* si riferiscono ad altro modo diverso di disporre. Il loro significato viene a riferirsi solo alle forme dei testamenti, cioè al testamento olografo, al testamento per atto pubblico, al testamento mistico, ed al testamento de' militari. D' altronde osserviamo con Toullier che » la denominazione che si dà ad un atto di ultima volontà è indifferente, e che si può disporre per testamento, tanto a questo titolo, quanto a quello d' instituzione di erede, di legato, di codicillo, di donazione per causa di morte, o con qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la propria volontà, purchè l' atto sia munito delle forme prescritte per la validità del testamento, e che le clausole che racchiude o la maniera con cui è redatto annunziino chiaramente che si tratta di una disposizione di ultima volontà. Un testamento olografo, in cui non si potesse distinguere se il donante ha voluto fare un dono tra vivi o testamen-

tario sarebbe rigettato. *Toullier. Corso di dritto civile tomo* 5. §. 356.

Fu questione presso la suprema corte di giustizia, se la istituzione dell'erede fatta in un testamento dichiarato nullo per difetto di forme esterne, possa benanche essere colpita di nullità, ed aprisi così la successione *ab intestato* a favore dei figli legittimi. Con decisione de' 16 agosto 1823 venne sostenuta la negativa.

» *Fatto.* Il sacerdote D. Gaetano Lavagna a'13 giugno 1814 fece il suo testamento mistico, nel quale institui erede il minore D. Antonio Sabino. Indi a'29 agosto 1816 fece un testamento per atto pubblico nel quale confermò la istituzione di erede contenuta nel precedente testamento mistico, e fece de' cangiamenti in rapporto ad alcuni legati col medesimo disposti. In marzo 1818 D. Antonio Lavagna attaccò di nullità il testamento mistico. Per parte di Sabino fu comunicato il testamento per atto pubblico de'29 agosto 1816. Il tribunale civile di Napoli riconobbe per nullo il primo testamento per difetto di formalità estrinseche, e valido il secondo; e quindi in forza di quest'ultimo dichiarò aperta in favore di D. Antonio Sabino la successione del sacerdote Lavagna. D. Antonio Lavagna appellò.

» Portata la causa all'udienza della gran corte civile, questa in contumacia di Sabino pronunziò decisione, colla quale rivocando la sentenza de' primi giudici, dichiarò nullo il testamento mistico, inefficace il testamento per atto pubblico, ed aperta la successione intestata del sacerdote Lavagna a favore degli eredi legittimi. Ella in seguito sulle opposizioni prodotte per parte di Sabino considerò, che a' termini dell'articolo 967 del cod. civile è valida ogni disposizione, purchè sia atta a manifestare la volontà del testatore; considerò, che secondo le *L.* 9. §. 9. *e* 77. *D. de hered. instit.* si ha per valida la istituzione dell'erede non nominato, quante volte venga indicato con segni non equivoci; e con decisione de'12 luglio 1819 fece dritto alle opposizioni di Sabino, e rivocando la precedente sua decisione contumaciale ordinò di eseguirsi la sentenza appellata.

» D. Antonio Lavagna ha domandato nella corte suprema l'annullamento di tale decisione, indicando fra gli altri, i seguenti mezzi 1.° Perchè essendosi dichiarato nullo il testamento de' 13 giugno 1814, e ciò non ostante valida la istituzione, che vi si conteneа, si erano violate la *L.* 1. *D. de injus. rupt. testamen*, *e la L.* 12. *Cod. de testam.* 2.° Che essendosi dichiarato, che il testatore possa manifestare la sua volontà con qualunque disposizione ancorchè nulla, come nel caso in quistione, si era violato il senso, e la lettera dell'articolo 967 del codice civile abolito.

» Udito il rapporto: intesi gli avvocati D. Domenico Cassini pel ricorrente, e D. Antonio Starace pel convenuto; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Attesochè per principj generali di giurisprudenza l'erede non solamente può essere dichiarato con la designazione del proprio suo nome, ma anche per mezzo de' segni, e di dimostrazioni, che infallibilmente lo definiscano: *Si quis nomen heredis non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine differt, valet institutio L.* 9. §. 9. *D. de hered. instit. L.* 77. *D. eod.*

» Attesochè nella specie il testatore Lavagna, nel suo testamento per atto pubblico del 1816 facendo menzione di un' altro suo testamento mistico del 1814 dichiarò, che egli confermava la istituzione dell'erede, ed ogni altro da lui scritto, e disposto nel detto primo suo testamento.

» Attesochè dopo la morte del testatore essendosi aperto il testamento mistico del 1814 vi si trovò scritto erede D. Antonio Sabini.

» Attesochè quantunque questo primo testamento mistico fu poi dichiarato nullo per difetto di forma esterna, cosicchè venne ad aprirsi la successione al defunto in forza del suddetto testamento per atto pubblico, pur tuttavia non può dirsi, che con la dichiarazione della nullità sulle forme esterne, restò anche dichiarata per non esistente la no-

mina dell'erede, che nell'interno del testamento era scritta. Il testamento mistico restò nullo, perchè non rivestito de'solenni esterni necessarj, e quindi non capace a trasferire la successione, come in esso era disposto; ma non venne malgrado ciò ad alterarsi la verità del fatto, che portava scritto in esso il nome dell'erede nella persona di D. Antonio Sabino. Questo fatto fu, ed è sempre vero, ed indubitato, perchè esiste, e non è stato giammai smentito, o attaccato di falso. E nasce da ciò, che rimettendosi a questo fatto il testatore nel secondo suo testamento venne a designare l'erede con un segno dimostrativo *indubitabile*.

» Attesochè non giova il riflettere, che nel secondo testamento non si legge una istituzione di erede, ma una conferma d'istituzione, imperciocchè così la legge romana, come il codice civile imperante nel tempo del testamento, non proibivano siffatte istituzioni, e permettevano ne' testamenti ogni espressione atta a manifestare la volontà del testatore, senza indagare molto sulla scrupolosa osservanza delle formole *L.* 15. *Cod. de testam. art.* 967. *dell' abolito cod. civ.*

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso; libera il deposito alla regia tesoreria generale; e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati dodici, e grani 9 oltre il costo della spedizione. »

Nella stessa corte suprema si esaminò il dubbio se il chiamare alcuno erede, e legatorio nell'usufrutto di una parte de'beni del defunto, fare altri legati sul dippiù degli altri beni, e nominare l'erede nella proprietà dei beni stessi, importa non esservi istituzione di erede per testamento, in modo che siano a succedere gli eredi della legge. A dì 13 dicembre 1825 si decise negativamente.

» *Fatto.* A dì 18 agosto 1820 il chiarissimo D. Domenico Cotugno fece il suo testamento in forma mistica, ed a dì ottobre 1822, senza posterior disposizione, morì.

» Nell'esordio di tal testamento, egli disse, che avea stimato di disporre de'suoi pochi beni acquistati colla sua professione medica, acciò negli ultimi momenti di vita fosse stato intento soltanto al pensiere della salute eterna, senza distrazione da alcun terreno oggetto.

» Indi chiamò sua erede, e legataria la signora D. Ippolita Ruffo duchessa di Bagnara sua consorte, di lei vita durante dell'annua rendita, e fruttato de'suoi stabili, e capitali, sistenti non meno in Napoli, e sue adjacenze, che ne' comuni della provincia di Terra di Lavoro, e Capitanata, de'quali a maggior chiarezza delle cose, ne fece la descrizione.

» Nella proprietà poi di tutti gl'indicati beni ne istituì, e fece erede la real Santa Casa degl'Incurabili di Napoli per accrescimento de'di lei proprj beni addetti a'poveri.

» Più istituì, e fece eziandio sua erede, e legataria la detta signora duchessa sua moglie in piena proprietà, ed assoluto dominio tanto della casa, e massaria sita sulla real villa di Capodimonte, luogo detto *Miradois* in tutta la sua estenzione e membri della medesima annessi, quanto di tutti e singoli suoi beni mobili di ogni natura, e condizione, sia oro, argento, tabacchiere ec. ec. in conseguenza di tutto ciò, e quanto dopo la sua morte si sarebbe rinvenuto di mobilio, e suppellettili di casa, anche nell'appartamento inferiore alla sua abitazione, senza la minima eccezione, distinzione, e natura, giusta il comune detto, *dalla stalla al letto a porta chiusa.*

» In quanto poi ai beni immobili, capitali, ed averi non meno in Ruvo sua patria, che in altri luoghi, e comuni della provincia di Bari, ne istituì eredi in usufrutto D. Vincenzo Cotugno suo germano, e nella proprietà D. Pietro, D. Raffaele, D. Vito Paolo, e D. Domenico Cotugno figli del detto usufruttuario D. Vincenzo.

» Parlò di una donazione fatta al detto suo nipote D. Raffaele, e la confermò con l'obbligo però della collazione.

» Fece in fine de'legati particolari, i quali cominciò dal detto suo nipote D. Pietro, cui, in dimostrazione della sua gratitudine, perchè lo aveva assistito in tutt'i suoi affari con amore, ed impegno, legò l'usufrutto di un fondo, e l'uso di un'altro siti in Ruvo. Oltre a ciòaa quando mai (son parole del te-

stamento) voglia ripatriarsi dopo mia morte, se gli debbano dalla mia erede usufruttaria dare ducati 200 per lo viaggio, ma avvenendo tal caso del ripatrio del detto D. Pietro, dopo la morte (*quod absit*) di detta signora duchessa, tali ducati 200 se gli debbano dare, e pagare da detta real Casa Santa degl' Incurabili mia erede proprietaria. »

» Seguitò, e finì l'illustre uomo il suo testamento cogli altri seguenti legati, e fedecommessi particolari. »» A tutta la gente attuale al mio servizio, cioè Michiele Rispucci, Giambattista Valnecchi, Salvatore d'Agostino cocchiere, due mesate per cadauno, oltre la corrente, da pagarseli nel corso di due mesi dopo mia morte: ed a Giacomo il coco qualche dimostrazione ad arbitrio della signora duchessa.

» Incarico, e prego la signora duchessa pel prosieguo delle picciole limosine a lei note a povere vedove, ed altresì sarà a carico della stessa signora duchessa mia erede, o di chi altro sarà al possesso della proprietà de' miei beni sistenti in Napoli, dopo la di lei morte (che sia lontana) il pagamento del supplimento del patrimonio sacro in annui ducati 32, di cui me ne sono obbligato al sacerdote D. Raffaele Campese. »

» Memorando le non poche obbligazioni contratte verso il detto notar Cervino in diverse occasioni, perciò al medesimo lego ducati 100; e ciò oltre a quanto gli spetta pel presente testamento. »»

» A dì 13 dicembre 1822 D. Lucia Turilli, e D. Biase Chieco, due de' successori *ab intestato* del defunto, cui poi si unì il terzo D. Vincenzo Cotugno, deducendo, che il detto testamento non conteneva la istituzione di erede universale, ma soli legati particolari, pretesero di esser essi dichiarati tali, e perciò immessi nel possesso di tutt'i beni ereditarj, onde i contemplati nel testamento dovessero dalle loro mani ripetere, come di dritto, i rispettivi legati, con doversene in conseguenza i frutti a' legatarj soltanto dal giorno della dimanda per lo rilascio.

» Intanto in vigor del testamento, la duchessa di Bagnara con ordinanza del giudice del circondario ottenne il possesso de' beni; e con ordinanza del presidente del tribunale civile ottenne ancora la intestazione di una rendita sul gran libro del debito consolidato acquistata dal defunto in epoca posteriore al testamento.

» Nel tribunale civile fu citata la sola duchessa di Bagnara, la quale si oppose all'azione; e senza pregiudizio di sue ragioni fece subordinatamente la dimanda del rilascio. Quindi la causa fu spedita.

» Fu appellato dalla sentenza, e dalle profferite ordinanze, ed in appello la Santa Casa degl'Incurabili si rese interveniente. La gran corte civile con decisione del dì 20 marzo 1823 annullò i vicendevoli appelli, le ordinanze, e la sentenza, di cui era appello, e pronunziando fra tutte le parti, fra le altre cose, dichiarò, che nel testamento sopra riassunto non vi sia istituzione di erede, o legatario universale, e perciò, che D. Lucia Turillo, D. Biase Chieco, e D. Vincenzo Cotugno eredi della legge sieno entrati nel possesso di pieno dritto della universalità de' beni, dritti, ed azioni del defunto dal dì 6 ottobre 1822.

» Ed ordinò, che al bisogno vi siano immessi, conservati, e mantenuti.

» Ordinò pure, che la duchessa fosse stata interinamente immessa nel materiale possesso de' beni a lei legati, e che la percezione de' frutti fosse corsa a benefizio di lei dal dì 26 dicembre 1822.

» Fece salva ogni azione agli eredi legittimi, ed ogni eccezione alla duchessa innanzi a chi di dritto; finalmente diede delle altre disposizioni relative alla esecuzione delle dette cose decise, di cui non è necessità far espressamente parola.

» Dietro siffatta decisione ne furono profferite altre cinque. Le prime due a' 26 agosto 1828 e la terza a' 28 gennajo 1824 furono in esecuzione di quella de' 20 marzo 1823; e non contengono se non disposizioni provvisionali, o interlocutorie, rimettendo le parti a provvedersi *ex integro* innanzi a chi di dritto sulla intelligenza, estenzione, restrizione, o esclusione de' legati. Le ultime due poi furon diffinitive, e pronunziate in appello. Con le stesse fu deciso quali fossero i beni,

che rispettivamente spettavano a' successori *ab intestato*, e quali quelli, che appartenevano a' contemplati nel testamento.

» Avverso di siffatte decisioni la duchessa di Bagnara, e la Santa Casa si provvidero di ricorso per annullamento ed i successori *ab intestato*, anch' essi ricorsero per parziale annullamento avverso la decisione de' 20 marzo 1823.

» L' assorbente de' mezzi di annullamento proposti da' primi, si riduce a questo: se legalmente, e con buon senso si esamini tutto il tenore, e ciascuna parte del testamento di D. Domenico Cotugno, si trova in esso istituito l' erede universale, e si trovano pure de' legati a titolo universale. La gran corte civile colla decisione de' 20 marzo 1823 ha espressamente violato l' articolo 892 delle leg. civ. perchè ha disnaturata la volontà del defunto a lor pro nel testamento manifestata. Più la gran corte civile, senza occuparsi della interpetrazione del testamento, e senza affatto tener presente nelle sue considerazioni le parole di ciascuna parte di esso, ha dichiarato, che non vi è istituzione di erede. È perciò, che siffatta decisione manca di ragionamento, quindi sono stati violati gli articoli delle leggi del regno, che esigono doversi le decisioni motivare nel dritto, e nel fatto.

» In quanto alle altre decisioni, essi han detto, che le medesime hanno apertamente del tutto mutata la volontà del defunto, il quale senza dubbio nulla volea, che i successori *ab intestato* avessero di quelle cose, che tali decisioni han lor dichiarato di spettare, han perciò queste decisioni violate tutte le leggi, che ordinano doversi eseguire la volontà de' defunti.

» Hanno oltracciò violate ancora tutte le leggi, che parlano della interpetrazione de' legati, le quali danno regole tutte opposte a quelle seguite dalla gran corte civile nelle sue decisioni.

» I successori *ab intestato* han detto. La gran corte civile colla decisione de' 20 marzo 1823 dovea ordinare la immissione in possesso di tutt' i beni ereditarj a favor nostro, ed obbligare i legatarj a ripetere dalle nostre mani quelli loro legati. Ma la gran corte civile ha ordinato, che la duchessa sia immessa nel materiale possesso de' beni a lei in usufrutto, o in proprietà, ed usufrutto legati, dunque ha violato l' interdetto, e la *L.* 1. *D. quod legatorum*, non che gli articoli 966 e 968 leggi civili.

» Udito il rapporto: presenti gli avvocati D. Camillo Cacace, D. Antonio Starace, D. Domenico Truppi per la duchessa di Bagnara, D. Guido Guida, e D. Pietro Paolo Coscia per lo stabilimento della Santa Casa degl' Incurabili, ed il barone D. Felice Parrilli, D. Nicola d' Amora, e D. Gio: de Siena per gli eredi legittimi del cavaliere D. Domenico Cotugno; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso pel rigetto di tutt' i ricorsi.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Veduta la decisione de' 20 marzo 1823: veduti i vicendevoli ricorsi per annullamento relativi alla medesima: vedute le altre decisioni posteriori, cioè, due de' 26 agosto 1823, una de' 28 gennaro 1824, un' altra de' 15 settembre 1824 e l' ultima de' 26 marzo 1825: veduti tutti gli altri ricorsi.

» Veduti gli articoli 892 delle leg. civ. 219 della legge de' 29 maggio 1817, e 233, e 596 delle leggi di procedura ne' giudizj civili.

» Ha la corte suprema rilevato, che la gran corte civile con la prima citata decisione del dì 20 marzo 1823 per deffinire, che nel testamento del fu cavaliere D. Domenico Cotugno non vi è istituzione di erede, o legatario universale, adottò la massima, che un testatore per istituire un successore universale debba sempre esprimere con le parole, che meglio stimi, il concetto di voler dare ad una, o più persone la universalità de' suoi beni, ch' egli lascerà dopo la sua morte, e la intera rappresentanza sì nell' attivo, che nel passivo.

» Ha sul proposito la suprema corte considerato, che siffatta massima non è vera, poichè la parola sola di *erede* adoperata nel testamento, basta per esprimere il successore universale, ove non sia dal testatore l' intelligenza di essa limitata chiaramente a restringerne il significato a quella di legatario a titolo universale, o di legatario particolare. È chiara la disposizione dell' articolo 892, che

»» qualunque persona ha la facoltà di disporre per testamento, tanto a titolo d'istituzione di erede, quanto a titolo di legato, o con qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la sua volontà.»» Il nominar perciò, che faccia il testatore *Tizio suo erede*, basta perchè costui sia l'erede universale. La gran corte perciò ha stabilita una massima contraria alla disposizione del citato articolo 892.

» Ed essendo così, doveva la gran corte civile raccogliere dalla volontà del testatore gli argomenti, i quali avessero ristretto il significato legale della parola *erede*, ed indicargli col senso, e con le parole del testamento. A proposito Cajo. *Neque sine judice transigi, neque apud judicem de his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognotisque verbis testamenti. L. 1. §. 1. ff. quemad. testamenta aper. jnsp. vel descr.*

» Per contrario la gran corte senza incaricarsi nè del senso, nè delle parole di ciascuna parte del testamento, si è limitata ad accennare soltanto, che nel testamento in esame indarno si cercherebbe, anche per equipollenti, nelle persone de' contemplati la caratteristica della universalità, perchè essi altro non sono se non che eredi scritti, e legatarj in designati oggetti ed in tal guisa ha dato per unica ragione del suo concetto quello appunto, ch'era in quistione, cioè, che gli eredi scritti fossero semplici legatarj.

» Ove la gran corte si fosse occupata di questa ricerca, forse l'analisi della volontà del disponente eseguita a norma delle regole legali, avrebbe potuto confermare il significato legale della parola *erede*.

» Ed anche, a prescindere, da ciò, se la gran corte non avesse omessa l'analisi della volontà del fu cavaliere Cotugno, prima di definire i legati, come di oggetti particolari, avrebbe forse ravvisato nelle diverse disposizioni del testamento, qualche legato a titolo universale, ed avrebbe meglio valutata la forza, e la estenzione anche degli stessi legati particolari.

» Quindi è, che nella decisione de' 20 marzo 1823 oltre l'errore delle definizioni, concorre anche la violazione degli articoli 219 della legge organica de' 29 maggio 1817 e 233 delle leggi di procedura civile, i quali esigono, che le decisioni debbano essere motivate nel fatto, e nel dritto. Inoltre ha la suprema corte osservato, che la gran corte colla citata decisione non solamente uscì da' termini, ne' quali il giudizio le fu rappresentato, cioè del possessorio, su di che il tribunale civile aveva semplicemente pronunziato, ma aprì pure un doppio giudizio d'interpetrazione, scindendo così l'unità, ed individuità della interpetrazione della volontà de' defunti.

» D'onde risulta pure di essersi adattato fallacemente alla interpetrazione della volontà ne' testamenti, il doppio giudizio, che secondo il dritto romano *L. 3. Cod. de edict. Divi Adr. toll.* aveva luogo tra l'erede testamentario, ed il legittimo, circa la parata esecuzione del testamento, e la efficacia del testamento stesso.

» Ed è perciò, che la decisione de' 20 marzo 1823 debba essere annullata, e con essa debbono per necessaria conseguenza essere egualmente annullate tutte le già enunciate decisioni pronunziate in prosieguo, le due, cioè, de' 26 agosto 1823, e quella de' 28 gennajo 1824, le quali non sono che una esecuzione di quella de' 20 marzo 1823 ed altresì quelle de' 15 settembre 1824, e de' 26 marzo 1825 come dipendenti dalla stessa prima decisione del detto di 20 marzo 1823, in guisa, che annullato il principio, che sopra tutto influisce, ne restano annullate le conseguenze, anche per disposizione dell'articolo 596 delle leggi di procedura civile.

» Si è finalmente dalla corte suprema considerato, che risultando dalle già fatte osservazioni l'annullamento nell'interesse della duchessa di Bagnara, e della Casa Santa della suddetta decisione de' 20 marzo 1825, e di tutte le successive, non può esservi luogo a discutere il ricorso prodotto da' signori Cotugno, Chieco, e Turilli contro la enunciata decisione de' 20 marzo 1823 mancando ogni materia di deliberare sullo stesso.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema accoglie i ricorsi della duchessa di Bagnara, e dello stabilimento della Casa Santa degl' Incurabili avverso la decisione de' 20 marzo 1823 ed annulla tanto la detta deci-

sione, quanto quelle, che ne dipendono, cioè le due decisioni de' 26 agosto 1823, e la terza de' 28 gennajo 1824, non che le altre due decisioni de' 15 settembre 1824 e 26 marzo 1825: rimettendo le cose nello stato in cui erano prima della suddetta decisione de' 20 marzo 1823, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli. Quanto poi ai ricorsi de' signori Cotugno, Chieco, e conjugi Jatta, e Turilli, la corte suprema dichiara, che non vi è materia a deliberare. In fine ordina di restituirsi tutt' i depositi.

» §. 3. Non si può fare un testamento da
» due o più persone nel medesimo atto, sia
» a vantaggio di un terzo, sia a titolo di
» disposizione scambievole e reciproca. *Art.*
» 893. *Leg. civ.*

Vedi *Donazione* §. 68.

Le donazioni scambievoli per causa di morte sono permesse?

» Per due ragioni, risponde Maleville, credo di no. La prima, perchè sotto la qualifica di testamento il nostro articolo comprende tutte le disposizioni per causa di morte, qualunque denominazione avessero per lo innanzi. Il codice le assoggetta tutte alle stesse regole, ed alle stesse formalità. Per ischivare la tediosa ripetizione di tutte queste denominazioni, il nostro articolo si vale del nome di testamento, di cui mi servirò ancor io in appresso, come il più usato ed il più breve.

» La seconda ragione è, che l'articolo non eccettua dalla generale abrogazione le donazioni scambievoli tra marito, e moglie, e tra chicchessia, il che non si sarebbe lasciato di fare, se tale fosse stata la intenzione del legislatore; poichè non avevasi che a trascrivere l'articolo 77. (dell'Ordinanza del 1731) dove questa eccezione è formalmente espressa. *Maleville. Osservazione all'articolo* 968 *del cod. civ.*

» Il testamento è un atto della volontà di una sola persona, ci fa poi osservare Toullier, col quale dispone, pel tempo in cui avrà cessato di esistere, di tutti o di parte de' suoi beni, e che ha la facoltà di rivocare, art. 895 968 (815 893), imperciocchè la volontà dell'uomo è ambulatoria fino alla morte. *L. 4. ff. de adim. leg.*

» Il dritto romano definiva il testamento per la legittima manifestazione delle ultime volontà di una persona, o di ciò che voleva che si facesse dopo la sua morte. *De eo quod quis post mortem suam fieri velit. L.* 6. *D. qui testam. fac. poss.*; giacchè è possibile che la volontà del testatore abbia un oggetto diverso da' doni o da' legati. Ogni legato è una disposizione testamentaria, ma non ogni disposizione testamentaria è un legato. La disposizione colla quale io ordino che sia innalzato un monumento, che sia costrutto un tempio, ec., non è un legato, ma è un peso della eredità, che si dee soddisfare co' miei beni. Così in ultima analisi, è questa la disposizione di una parte de' miei beni, è questo l'impiego che io voglio che se ne faccia. La denominazione di un esecutore testamentario è la designazione della persona incaricata di eseguire la disposizione. Non bisogna dunque fare alcun cambiamento alla definizione data dal codice.

» Noi diciamo che il testamento è un atto della volontà di una sola persona: in ciò solo consiste l'essenza del testamento, e la sua differenza caratteristica dalla donazione per causa di morte, che non era perfetta se non col concorso e coll' accettazione del donatario; era questa una convenzione passata tra due persone.

» È talmente della essenza del testamento di essere l'atto della volontà di una sola persona, che sarebbe nullo se il medesimo atto contenesse la volontà di due o più persone, sia a vantaggio di un terzo, sia a titolo di disposizione scambievole e reciproca. Art. 968 (893). Questo è quel che si chiama un testamento congiuntivo o scambievole. Il codice, come l'ordinanza del 1735, art. 77, non ha neppure eccettuato il testamento congiuntivo de' genitori, che volessero fare tra' loro figli la divisione de' beni.

» Il testamento non dee emanare se non dalla volontà del testatore; fa quindi mestieri che sia l'atto proprio, l'atto personale del testatore. Questi può nondimeno giovarsi de' lumi di un consulente. La legge non glielo proibisce; ma la sua volontà non può mai esser supplita dall'altrui ministero, nè subordinata a quella di un'altra persona. Il giu-

reconsulto può dare soltanto il suo parere al testatore sulla forma e non sul fondo del testamento, e per prestare a' pensieri del testatore il necessario soccorso dell'espressioni proprie e legittime. Così il testamento non sarebbe nullo, quando se ne trovasse il modello scritto dalla mano di un consulente, o anche del legatario: basta che il testatore l'abbia adottato e se l'abbia reso proprio, sia scrivendolo se si tratta di un testamento olografo, sia dettandolo se si tratti di un testamento pubblico, sia presentandolo a' testimonj se si tratti di un testamento mistico.

» Il testamento dovendo esser l'atto della volontà del testatore, non può questi far dipendere le sue disposizioni unicamente dalla volontà di un terzo, nè pure da quella del suo erede. *In alienam voluntatem conferri legatum non potest. L. 52. ff. de condit.*: *LL. 32 e 68 de hered.. instit.*

» Così i legati fatti colla condizione, se il mio erede lo vuole, e se tale persona lo vuole, sarebbero nulli, ancorchè si possa legare colla condizione di un fatto il di cui adempimento dipende dalla volontà dell'erede. La ragione della differenza è che nel primo caso l'erede, o il terzo essendo reso padrone assoluto della disposizione, non è più la volontà del defunto, ma quella di un terzo.

» Nell'altra specie la disposizione non dipende dalla volontà pura dell'erede; bisogna che faccia qualche cosa o che se ne astenga per far verificare o mancare la condizione del legato.

» Ma perchè il legato sia nullo è necessario che dipenda unicamente dalla volontà dell'erede o di un terzo. Se per esempio, qualcheduno avesse legato 100 franchi di pensione vitalizia al suo domestico per ricompensa de' suoi servigj, se il suo erede ne lo giudicasse degno, il legato sarebbe valido, e l'erede non potrebbe dispensarsi di adempirlo, eccetto che se provasse con buone ragioni che il legatario non è degno della liberalità.

» Il testatore non potendo far dipendere le sue disposizioni dalla volontà di un terzo, ne risulta che le disposizioni fatte con facoltà di scegliere, ammesse dall'ordinanza del 1735, art. 62 e seg., erano contrarie alla natura de' testamenti, e che esse sono oggi soppresse col silenzio del codice

» Queste disposizioni si facevano di due maniere: 1.° gravando l'erede istituito o il legatario di restituire la eredità o il legato a quello de' molti designati eredi che sceglierebbe; ed allora era una vera sostituzione sottoposta alla scelta dell'erede o del legatario gravato di restituire.

» 2.° Istituendo quello tra molti individui che sarebbe scelto da un terzo; ed allora era una istituzione diretta in vantaggio di colui che si sceglieva. È evidente che essa non dipendeva dalla sola volontà del testatore: così era proscritta nella purità degli antichi principj che non permettevano di far dipendere una istituzione dall'altrui volontà. *Illa institutio, quod Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere L. 32. ff. de haered. instit.*

» Da questi principj ne siegue che se un testatore ordina di rilasciare una somma ad una terza persona, per esser impiegata secondo le intenzioni che gli ha fatto conoscere, questo legato è nullo, come essendo in realtà abbandonato alla volontà di quel terzo che non è legatario e che niun legame civile obbliga di adempiere le intenzioni del testatore.

» Inutilmente questo terzo, per quanto fosse rispettabile, offrirebbe di nominare la persona che dee profittare del legato, affin di provare che non è interposto in vantaggio di un incapace; questa offerta sarebbe rigettata, e non impedirebbe di pronunziare la nullità del legato, come ha pensato la corte di cassazione in un arresto reso a' 12 agosto 1811, in conformità degli antichi principj. *Veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere.*

» La presenza e l'accettazione del donatario, riportate nell'atto del testamento, ne cambierebbero la natura e lo convertirebbero in donazione per causa di morte. Intanto non sembra che un atto simile dovrebbe esser annullato, se d'altronde tutte le formalità richieste per la validità de' testamenti fossero osservate, poichè ciò non è meno l'opera della volontà libera del testatore.

» Ma questa volontà non può esser compatibile colla influenza di una estranea vo-

lontà. Così può e dee la moglie testare senza l'autorizzazione di suo marito, art. 226 (215); e colui che è sottoposto alla direzione di un consulente giudiziario, senza esser assistito da quest' ultimo. La presenza del marito per autorizzare, quella del consulente giudiziario per assistere o dare il suo parere, non servirebbero se non a far criticare l'atto, e potrebbero formare una circostanza di più contra il testamento, se d'altronde fosse impugnato per mancanza di libertà sufficiente. *Toullier. Corso di diritto civile. Tomo* 5. *n.* 345 *a* 353.

» §. 4. Un testamento può essere *olografo*, o fatto *per atto pubblico*, o in *forma* » *mistica. Art.* 894. *Leg. civ.*

» §. 5. Il testamento olografo non è valido se non è scritto interamente, datato, » e sottoscritto di propria mano del testatore: questo testamento non è soggetto ad » alcun' altra formalità. *Art.* 895. *Leg. civ.*

» Il testamento olografo, dice Toullier è quello che è scritto interamente, datato e sottoscritto di propria mano del testatore. Art. 970 (895). Queste tre cose sono richieste sotto pena di nullità: esso non è soggetto ad alcun'altra forma.

» Una sola parola scritta di mano aliena nel corpo del testamento, quanto anche questa parola fosse superflua, renderebbe nullo il testamento, imperciocchè non si potrebbe dire che è interamente scritto dalla mano del testatore

» Ma perchè una parola scritta fra due linee da una mano estranea, viziasse il testamento, bisognerebbe che fosse costante che questa parola ne faccia parte: per esempio, coll'approvazione delle interlinee che il testatore avesse fatto in margine o in fine dell' atto, altrimente sarebbe in facoltà di un terzo, tra le di cui mani il testamento fosse caduto, di annullarlo inscrivendovi qualche interlinea.

» Se le interlinee sono della propria mano del testatore, non è necessario che sieno approvate.

» È lo stesso delle rasure: esse non annullano che le disposizioni rasate; le altre non lasciano di sussistere. Le disposizioni della legge de' 25 ventoso anno 11 sul notariato. (*Legge sul notariato de'* 23 *novembre* 1819 *art.*25), che vuole che le rasure sieno approvate nelle minute degli atti, non sono applicabili a' testamenti olografi, come ha pensato la corte di cassazione in un arresto degli 11 giugno 1810.

» Intanto, se si trovassero molte disposizioni cassate, ed altre che non le fossero, il testamento potrebbe, secondo le circostanze, esser considerato come imperfetto, o come un semplice progetto che il testatore non avrebbe copiato, e come tale, annullato.

» Il testamento olografo può essere scritto sopra qualunque specie di carta; non è necessario per la sua validità, che sia scritto sopra carta bollata. Un arresto della corte di Nimes de' 20 gennajo 1810 ha giudicato valido un testamento scritto sul libro dei conti del testatore, e questo arresto sembra ben profferito.

» Un tempo si pensava troppo generalmente che la data non è necessaria ne' testamenti olografi; e questa giurisprudenza non contiene alcuna cosa contraria alla ragione, poichè i testamenti traggono la loro forza dalla morte del testatore; ma la legge civile ha voluto che un testamento fosse datato per assicurarsi della capacità del testatore al momento in cui ha testato. L'ordinanza del 1735, art. 38, è la prima legge che abbia ingiunto che i testamenti conterranno la data del giorno, mese ed anno.

» Un antico arresto de' 26 giugno 1678, giudicò valido un testamento olografo nella di cui data si era obbliato il nome del mese, ma questo arresto è anteriore alla ordinanza del 1735 che esige la data del giorno, mese ed anno. Così secondo questa legge il testamento era nullo, non solamente se la data vi era interamente omessa o lasciata in bianco, ma ancora se vi si fosse omesso di notarvi il giorno, il mese, o l'anno. Non bastava di aver indicato il giorno ed il mese senza notare l'anno, nè di aver espresso il giorno e l'anno senza indicare il mese, nè infine il mese, e l'anno senza designare il giorno. Furgole, *Traité des testaments*, cap. LI, sez. 4, n.° 18.

» Il codice si è limitato a dire, art. 970 (895), che il testamento olografo non sa-

rà valido, se non è datato di propria mano del testatore, e non ha richiesto l'indicazione precisa del giorno, mese ed anno. Questa differenza tra la redazione del codice e quella dell'ordinanza del 1735, che i redattori avevano sotto gli occhi, ci sembra indicare che ha voluto lasciare a'giudici maggior libertà, quando debbono pronunziare sugli errori o sulle omessioni che scappano per inavvertenza nelle date, e che spessissimo non sono sufficienti per annullare un testamento; per esempio, se il testatore avesse posto la data del martedì 9 maggio, benchè il martedì fosse l'8; se avesse omesso nella data una parola o una cifra che si potesse facilmente supplire, o che avesse scritto nella data *mille otto undici* in vece di *mille ottocento undici*. L'antica giurisprudenza degli arresti rigettava le domande in nullità fondate su simili errori o omessioni; e la redazione del codice essendo più favorevole a questa giurisprudenza di quella dell'ordinanza del 1735, i tribunali non debbono oggi esser più rigorosi.

» Non si può dire che una data erronea non sia una data. Rimane dunque ad esaminare se l'errore che vi si è commesso, e la omessione che vi è corsa, sono di natura proprj ad annullare la data, o pure se l'errore e la omessione possono esser suppliti. La qualcosa ci conduce allo sviluppo de' principj generali che debbono esserci di guida nella pratica. È permesso di correggere gli errori commessi, di supplire alle omessioni corse in un testamento? Come è permesso di farlo? Si può con congetture?

» Il primo principio in questa materia è che la pruova, non solo delle disposizioni di ultima volontà, ma ancora della osservanza delle formalità richieste per la loro validità, dee trarsi dall'atto medesimo che le racchiude, *ex ipsomet testamento non aliunde*, dice benissimo Dumoulin sull'art. 69 della consuetudine di Sens.

» Sembra dunque che non si possono su congetture o con induzioni rettificare gli errori, supplire le omessioni commesse in un testamento. Questa è una quistione sulla quale eran divisi gli antichi dottori. Gli uni sostenevano l'affermativa, gli altri la negativa. Altri infine, la opinione de'quali è prevaluta, hanno stabilito una distinzione. Hanno essi pensato che si possono supplire le omessioni, correggere gli errori corsi in un testamento, su congetture o induzioni, purchè sieno tratte dall'atto medesimo e non d'altrove; *ex propriis verbis testamenti*, *ex verbis scriptis in testamento*, *non extrinsecus*. Ved. Menoch, lib. 4, *praesumpt.* 19, n.° 7; Barry, *de successionibus*, lib. 2, tit. 1, n.° 19.

» Questa ragionevole distinzione che è una conseguenza del primo principio che abbiamo stabilito, fu adottata da'giureconsulti francesi, dal testè citato Barry, da Furgole, ec. La giurisprudenza degli arresti ne fece l'applicazione agli errori che sono corsi nella data di un testamento o altro atto di ultima volontà. E per non citare se non gli arresti intervenuti dopo la promulgazione del codice, se ne trovano due notabili profferiti, l'uno dalla corte di Dijon, l'altro dalla corte di Caen, entrambi confermati dalla corte di cassazione, il primo a'20 febbrajo 1816, Sirey, tom. XVI, 1. part., pag. 44; il secondo a'19 febbrajo 1818, Sirey, tom. XVIII, pag. 176.

» Nella specie del primo arresto si trattava di una donazione vicendevole che si aveano fatto Pietro Royer ed Emillanda Treillard sua moglie. L'atto portava la data dell'*anno* 1780; queste parole formavano la prima linea dell'atto. Il notajo aveva dimenticato, nel principio della seconda, la parola *otto* che compiva la data. Egli se ne avvide, ma dopo la sottoscrizione e la perfezione dell'atto. Per riparare il suo fallo, aggiunse la parola al margine, immediatamente avanti le prime parole della seconda linea. La mancanza di approvazione rendendo nulla quest'addizione, rimaneva per data apparente l'anno 1780. La donazione fu dunque impugnata per causa di falsa data. Ma le circostanze del fatto, il materiale dell'atto, ed il bollo della carta posteriore di molto a quell'epoca, dimostravano che nella data vi era un errore o una omessione visibile. La corte di Dijon rigettò dunque la impugnazione, pel motivo che si possono rettificare gli errori di data negli atti, quando le circostanze ed i documenti certi possono condurre a conosce-

re la vera data, e che nella specie in quistione tutto assicurava che la donazione aveva realmente per data il 25 agosto 1788; che la parola *otto* era una omessione che il notajo avea voluto riparare; che ciò risultava non solamente dal bollo, ma ancora da ciò che la soprascritta della minuta era della mano del notajo, e molto più ancora dal suo ripertorio tenuto con esattezza, senza bianco nè rasure, e dove si trovava l'atto di donazione portato al numero 9618, sotto la data de' 25 agosto 1788, talchè era impossibile a rifiutarsi di credere che la data del 1788 era realmente quella della donazione.

» Questo arresto fu deferito alla censura; ma la corte di cassazione rigettò il ricorso a' 20 giugno 1816, pel motivo che, secondo la giurisprudenza ed i giureconsulti, gli errori di data, allorchè sono evidentemente il frutto della inavvertenza e dell' azzardo, debbono esser rettificati, quando le circostanze ed i documenti i più certi conducono a conoscere la vera data degli atti, ec.

» Ecco la specie del secondo arresto confermato dalla corte di cassazione. La signora Letellier, morta nel 1816, avea lasciato un testamento olografo col quale instituiva il conte Duparc e sua moglie suoi legatarj universalj. Il testamento fatto a Bayeux, portava la data de' 16 giugno *mille cento sedici*. Questa data era visibilmente falsa, giacchè la testatrice non era nata a quell' epoca; ma di più l'errore era rettificato dalle necessarie induzioni che presentavano diverse enunciazioni contenute nell' atto stesso e che concorrevano ad indicare, del pari che a fissare la vera data del testamento.

» 1.° Il conte Duparc vi era qualificato come membro della camera da'deputati; or questi non era stato nominato se non nel 1816. Era dunque in questo anno che si era fatto il testamento.

» 2.° La testatrice vi designava un signor Yvory, come suo agente di affari; or egli non lo era divenuto se non nel 1815.

» 3.° Ella faceva un legato a Stefano suo domestico, che non era entrato al di lei servizio se non nel 1815.

» 4.° Finalmente, la carta su di cui era scritto il testamento, era stata vistata per bollo a Bayeux ai 13 maggio 1816.

» Così da una banda era certo non solo ma evidente, che vi era errore nella data di *mille cento sedici*, epoca in cui la testatrice non era nata; dall' altra parte, le necessarie induzioni tratte dall' enunciazioni contenute nel medesimo atto, *ex verbis scriptis in testamento*, si riunivano per dimostrare fino alla evidenza, che l' errore che si trovava nella data del testamento, non consisteva se non nella semplice omessione della parola *otto*, sfuggita per inavvertenza alla testatrice, e che la vera data era de' 15 giugno 1816. Per questi motivi la corte reale di C en dichiarò valido il testamento. Il suo arresto fu confermato dalla corte di cassazione a' 19 febbrajo 1818 per le considerazioni, l' espressioni delle quali sono notabili, perchè fissano i principj.

» Attesochè in dritto un errore di data non vizia l'atto che lo racchiude, quando si trevano nello stesso atto elementi materiali e fisici che la correggono, la verificano e la fissano necessariamente.

» Che in fatto elementi materiali della mano della testatrice, che fanno parte integrante dell' atto, suppliscono necessariamente la parola *otto*, sola omessione che si possa rimproverare alla data in quistione, e che così è manifestamente e necessariamente stabilito che il testamento litigioso è stato scritto a' 15 giugno 1816, donde risulta che il voto della legge è stato adempito.

» Tali sono dunque i principj insegnati da' giureconsulti, e consagrati dalla giurisprudenza degli arresti, stabiliti dalla corte superiore: tre cose sono necessarie perchè gli errori nella data non viziino un atto.

» 1.° Che l' errore sia evidente.

» 2.° Che la precisa e vera data possa essere manifestamente e necessariamente ristabilita o fissata da documenti certi.

» 3.° Finalmente, che i documenti si trovino nello stesso atto, e che ne facciano parte integrante, per adoperare l' espressioni della corte di cassazione.

» Applicando questi principj alle diverse specie che potranno presentarsi, si potrà giu-

dicare se l'errore o la omessione commessa nella data di un testamento, possono esser corretti, o far pronunziare la nullità dell'atto.

» Ma questi principj stabiliti per le antidate, cioè, pel caso in cui la data erronea è anteriore al testamento, possono egualmente applicarsi alle *posdate*, se è permesso di parlar così, cioè al caso in cui la data si trovi posteriore al testamento? Se per esempio il testatore morisse nel mese di agosto, lasciando un testamento datato del mese del seguente ottobre; se morisse nel 1818, lasciando un testamento dotato del 1819; si potrebbe riputare la data erronea unicamente perchè è di un'epoca posteriore alla morte del testatore?

» Questo secondo caso è molto diverso dell'antidata, in cui la data è arretrata e riportata ad un tempo anteriore a quello nel quale si è fatto il testamento, o benanche ad un tempo in cui il testatore non era nato, come nel testamento della signora Letellier. In quest'ultimo caso l'errore è manifesto ed evidente. È impossibile di supporre che il testatore, a meno che non fosse in demenza, abbia voluto datare il suo testamento di un tempo in cui non esisteva. La pruova dell'errore è dunque acquistata anche allora col fatto.

» All'incontro, quando la data è di un tempo posteriore alla morte del testatore, non se ne può senza temerità conchiudere che vi è errore, che si è ingannato, che non ha scritto la data che voleva scrivere; imperciocchè ognuno a cui la legge permette di testare, può ritardare o sospendere l'effetto del suo testamento sino all'epoca, che gli piace di fissare. Così quando un testatore data scientemente il suo testamento di una epoca futura non può aver avuto per fine se non di sospenderne l'effetto sino all'arrivo di quell'epoca, ed in conseguenza se muore prima, il testamento svanisce: *non intendebat ante testari*, dice Dumoulin, l'oracolo del dritto francese, tom. 1, *Opp.* pag. 862. È come se il testatore avesse detto: io lego questa cosa a tale, se vivo sino a quell'epoca. Questa dottrina fondata sulla ragione, è stata seguita dagli autori che hanno scritto dopo Dumoulin, prima e dopo la promulgazione del codice civile.

» Intanto è vero che la *posdata* può essere il frutto dell'errore; è possibile che il testatore abbia scritto una data in vece di un'altra; ma bisogna provarlo: or come fare questa pruova? Non basta il dire che il testatore è morto prima dell'anno, prima del mese scritto nella data del suo testamento per conchiuderne che si è ingannato, e che ha voluto scrivere un anno anteriore alla sua morte; la conseguenza naturale della *posdata* è, come si è veduto, che egli ha voluto ritardare e sospendere l'effetto del suo testamento, *non intendebat ante testari*.

» Si può troppo spesso, con induzioni ricavate da documenti certi e su di elementi materiali che fanno parte integrante del testamento, ristabilire e fissare la data erronea di un testamento, quando essa è anteriore alla morte del testatore. Se ne sono dati esempj nel numero precedente.

» Ma quando la data è posteriore alla morte del testatore che poteva ritardare o sospendere l'effetto del suo testamento, e che si presume di averlo voluto; anche perchè l'ha *posdatato*, come trovare nello stesso atto, *in ipsis testamenti verbis*, documenti certi per istabilire non solo che si è necessariamente ingannato, primo punto che bisogna provare, ma altresì per precisare un'altra data, e dimostrare che scrivendo tal anno, tal mese, tal giorno avvenire, ha egli voluto scrivere tal altro anno, tal altro mese, tal altro giorno passato? Sarebbe temerario il dire che questa pruova è impossibile, ma certamente è infinitamente difficile.

» Il numero degli anni, de' quali la data del testamento si trova ritardata, non sarebbe un mezzo sufficiente per dimostrare che vi è un errore evidente, e che il testatore si è manifestamente ingannato. Se, per esempio, un ottagenario, morto nel 1819, avesse datato il suo testamento del 1889, si potrebbe sospettare senza dubbio, ma non conchiudere da questa *posdata*, che vi è errore evidente, che il testatore si è manifestamente ingannato, e che ha voluto scrivere 1819 in vece di 1889.

» Imperciocchè questo ragionamento non sarebbe fondato se non nella inverisimiglianza che abbia potuto promettersi 150 anni di vita, e ritardare fino a questa epoca l'effetto del suo testamento. Questa congettura non essendo ricavata dall'enunciazioni contenute nel testamento, *ex ipsis testamenti verbis*, bisognerebbe rigettarla, tanto maggiormente che essa non è fondata se non su di un'altra analogia estremamente fallace, su ciò che gli uomini non sono avvezzi a sperare una vita sì lunga e di cui, dopo il tempo de' patriarchi, vi sono pochi o niun esempio.

» Questa lusinghiera, ma folle speranza, è meno rara che non si crede. Gli esempj di longevità, e le stranezze dello spirito umano sono tali che si veggono uomini, anche de' più istruiti, crearsi sulla durata della vita e su' mezzi di ritardarne il termine, i più stravaganti sistemi. Si conoscono su tal proposito le idee bizzarre del filosofo Condorcet. Gli uomini si abbandonano a queste folli idee anche più facilmente nella vecchiaja che nella gioventù o nella età virile. Si aggiunga a ciò che una *posdata* così arretrata, può annunziare una debolezza o una malattia di spirito: è questa una ragione di più per non sostenere un testamento che le leggi non permettono di fare eccettocchè alle persone sane di spirito. Art. 901 (817). Così, da ciò che un testatore avesse datato il suo testamento di un' epoca talmente lontana che non è verisimile che non vi pervenga mai, non se ne può conchiudere con certezza che si è ingannato; e se non vi è errore dimostrato nella data, e dimostrato *ex ipsis testamenti verbis*, il testamento rimane nullo.

» Del resto, quando si tratta di apprezzare gli errori che si pretendono trovare nella data di un testamento, si dee sempre ricordare che una omessione è più facile dell' addizione di una o di molte parole pretese soprabbondanti; che l'errore o la omessione sfugge più facilmente in una data in cifre che in una data scritta in caratteri; che diviene più difficile e meno verisimile quando si pretende che consista in molte parole; e che interamente inverisimile quando esistono molte copie del testamento, tutte scritte e datate dalla mano del testatore, e le date delle quali sono conformi; imperciocchè è ben difficile, per non dire impossibile, di supporre che scrivendo successivamente, e forse in giorni diversi, due o tre copie del suo testamento, il testatore non siasi accorto del suo primo errore. Questa osservazione è importante.

» Il giorno ed il mese della data sarebbero sufficientemente indicati, se il testamento fosse datato del giorno di una pubblica festa fissata dalla legge ad un' epoca certa; per esempio, la vigilia del giorno di Pasqua.

» La data in cifre basta: le cifre arabe sono come le lettere de' caratteri di convenzione, a' quali è attaccata una significazione che loro è propria. Niuna legge ha proibito di farne uso nella data del testamento.

» La soprapposizione della data non approvata in un testamento olografo non è un mezzo di nullità, se d'altronde vi è data fissa.

» L'obbligazione di datare un testamento olografo non implica quella d'indicare il luogo in cui è stato fatto. Questa obbligazione sarebbe oggi senza oggetto, poichè il testamento si può fare in ogni luogo. Niuna legge esige questa indicazione, e non si debbono fare aggiunzioni alle formalità prescritte dalla legge. L'art. 12 della legge sul notariato (*art.* 6. *Leg. de' 23 novembre* 1819.) che non concerne se non gli atti ricevuti da' notaj, non è applicabile a' testamenti olografi.

» Poichè è inutile d'indicare il luogo in cui si fa il testamento olografo, non pare che dovrebbe essere annullato se il testatore avesse datato da Parigi, benchè si trovasse all'epoca della data in Rennes. È altrimenti del testamento notariale: bisogna conoscere il luogo dove è fatto, per sapere se il notajo era competente per stipularlo; ed il notajo che datasse un atto del luogo dove non fosse, sarebbe perseguitato come falsario. (*Secondo l'indicato articolo* 6. *della leg. de' 23 novembre* 1819 *il notaro, oltre il risarcimento dei danni, incorre nella pena della sospensione di sei mesi la prima volta, e della destituzione in caso di recidiva*) Ma il testatore che, per errore, data il luogo in cui non è, non commette una falsità nel senso della legge, *nullum falsum nisi nocivum*, poichè poteva fare il suo testamento olografo in qualunque luogo.

» La legge non istabilendo il sito del testamento in cui la data debbe esser collocata, può porsi al principio o alla fine, prima della firma, o pure nel testo dell' atto.

» Ma se dopo di avere scritto, datato e sottoscritto il suo testamento, il testatore aggiugnesse in seguito altre disposizioni senza datarle, queste sarebbero nulle.

» Se il testamento contenesse molte disposizioni delle quali l'une fossero datate e sottoscritte, e le altre non datate o non sottoscritte, o pure non interamente scritte della propria mano del testatore, queste sarebbero nulle e le altre valide; esse sono come altrettanti testamenti, de' quali la nullità dell' uno non trascina quella degli altri, secondo la regola, *utile per inutile non vitiatur*.

» Se vi fossero molte disposizioni al seguito l'une delle altre, e che il testastore avesse datato e sottoscritto in fine, la data si applicherebbe a tutte quelle disposizioni, a meno che non avesse ristretto questa data alle ultime, come nella specie di un arresto della corte di cassazione de' 12 marzo 1806, in cui il testatore avea detto: «io dato gli ultimi articoli del mio testamento concernenti il dono de' miei biglietti...: de' 18 settembre 1801.» I primi articoli non erano datati.

» Sembrò alla corte che questa restrizione lasciava senza data i precedenti articoli che erano soltanto sottoscritti dal testatore, perchè non si poteva loro applicare nè la data de' primi articoli che era loro anteriore, nè quella de' 18 settembre 1801, ristretta a' due ultimi articoli; donde risultava che i precedenti restavano senza data, e dovevano in conseguenza esser annullati.

» Questo arresto può esser citato come un esempio della severità che si porta ne' giudizj de' testamenti.

» La sottoscrizione è quella che rende perfetto il testamento olografo; essa sola attesta che è l' atto proprio del testatore. Senza di questa non sarebbe che un semplice progetto. Ma il codice non esige che si faccia menzione della sottoscrizione nel testo dell' atto, come lo esige riguardo al testamento notariale.

» Quando il codice esige la sottoscrizione del testatore, sembra che intenda quella del nome di famiglia che è il vero nome, salvo ad aggiugnervi il prenome col quale l' individuo era distinto dagli altri membri della famiglia.

» L' art. 211 della ordinanza del 1629, ingiugneva di sottoscrivere tutti gli atti ed i contratti col nome di famiglia e non con quello delle signorie, sotto pena di nullità di atti. Questa ordinanza che conteneva molte disposizioni saggissime, era in generale poco adottata da' parlamenti, perchè non era stata registrata se non in un letto di giustizia. Ma la disposizione che ingiugneva di sottoscrivere col suo nome di famiglia, consacrava il voto degli stati generali del 1614 e 1615 che si elevarono contra i nobili, l'uso de' quali era di sottoscrivere col nome de' loro feudi, in vece del nome delle loro famiglie. L' ordinanza del 1629 non ha più oggi forza di legge; ma la legge de' 23 giugno 1790, decretata, a' 19, ordinò che niun cittadino potrebbe prendere altro nome fuori che quello della sua famiglia. Quella de' 6 fruttidoro anno 2, proibì ancora di portare altro nome se non quello espresso nell' atto di nascita, e di aggiugnere qualche soprannome a meno che non servisse a distinguere i rami di una medesima famiglia. Finalmente una legge degli 11 germile anno 11, proibisce a tutte le persone di cambiar di nome senza averne ottenuto l' autorizzazione con un decreto del governo.

» Niuna di queste leggi ordina sotto pena di nullità, come l' ordinanza del 1629, di sottoscrivere col nome della sua famiglia; ma il codice esige, sotto pena di nullità, art. 973-1001 (899-927), che il testatore sottoscriva il suo testamento. Or si può dire che questa disposizione sia osservata quando non sottoscriva col suo vero nome, col solo nome che conoscono le leggi esistenti? Sarebbe dunque più che imprudente che un testatore non sottoscrivesse se non col suo pronome, omettendo il suo nome di famiglia.

» Si potrebbe dire che il codice non ispiegandosi sulla forza e sulla maniera di sottoscrivere, basta che il testatore sottoscriva come era avvezzo a farlo in tutto il corso della sua vita. Ma oltre che questa pruova può esser difficile ad acquistarsi, è dubbioso che fosse sufficiente per far confermare il testa-

mento. I tribunali sono di una estrema severità sulla scrupolosa osservanza delle forme de' testamenti: essi penserebbero difficilmente che esigendo che i testamenti sieno sottoscritti, la legge abbia inteso che basta una sottoscrizione diversa dalla vera, che è quella del nome di famiglia.

» Il testamento del celebre Massilon fu impugnato da suo fratello, perchè era sottoscritto *J. B. vescovo di Clermont*, e che in questa sottoscrizione non si trovava il nome di famiglia. Intanto era notorio che i vescovi non sottoscrivevano altrimenti, ed era provato che sin dalla sua promozione al vescovato, Massillon non avea mai sottoscritto d'altra maniera. Per questa ragione una prima sentenza rigettò la domanda del fratello di questo illustre prelato. Ma si produsse appello: e per ottenere di desistere, gli amministratori dell'ospedale di Clermont, istituito legatario universale, si obbligarono di fare una rendita vitalizia all'attore, ciò che pruova che malgrado l'estrema venerazione che ispiravano la memoria e le virtù di Massilon, la questione era d'allora riguardata come dubbiosa.

» Il luogo della sottoscrizione non è vario ed indifferente come quello della data. Questo sito è notato dalla natura delle cose: esso è il segno del compimento della volontà del testatore, e dell'ultima approvazione che dà all'atto. È dunque necessario che tutte le disposizioni del testamento sieno terminate colla sottoscrizione.

» Sarebbe anche da temersi che il testamento fosse dichiarato nullo, se la sottoscrizione precedesse la data, imperciocchè l'atto essendo terminato colla sottoscrizione, si troverebbe senza data. L'art. 970 (895) dice che il testamento debb'essere scritto, datato e sottoscritto: la sottoscrizione non dee dunque precedere la data. In una parola, tutto ciò che si trova dopo la sottoscrizione non si stima di essere nell'atto. Così ne' testamenti notariali ne' quali la dichiarazione di non saper sottoscrivere, fa le veci della sottoscrizione del testatore, tutto ciò che è posteriore da questa dichiarazione non si giudica nell'atto; ed un testamento fu cassato con arresto de' 12 aprile 1549, perchè la menzione della lettura fatta al testatore, si trovava posteriore alla dichiarazione di non saper sottoscrivere. Ved. la 4. edizione del *Repertoire*, v. *testament*, sez. 2. §. 4. art. 2, n.° 4. Si veggano due arresti in Sirey, anno XIII, 2. part., pag. 332 e 336.

» Ma sarebbe nullo il testamento, se la sottoscrizione non fosse distaccata dal corpo dell'atto? Un testamento olografo era così terminato: » Fatto da me Paolina d'Espinoze, vedova Guyot, che ho sottoscritto dopo di aver letto e meditato. Croisic li 30 gennajo 1806 due parole cassate. Ma si dee notare che la data si trovava anche al principio dell'atto; fu impugnato per difetto di sottoscrizione. Si pretese che questa enunciazione non era una sottoscrizione; che la sottoscrizione doveva essere distaccata dall'atto.

» Il tribunale di Savenay dichiarò nullo il testamento. Ma con arresto reso all'unanimità dalla corte di Rennes a' 20 aprile 1810 nella prima camera, la sentenza fu riformata pel motivo che a la firma e la sottoscrizione del suo nome posta di sua propria mano alla fine di un atto; che è riconosciuto che il testamento de' 30 gennajo 1806, è interamente scritto e datato in testa dalla mano della testatrice; che ella ne ha terminato l'ultima linea apponendovi il suo nome *Paolina d'Espinoze vedova Guyot*; e che questa apposizione di nome è la firma annunziata dalle prime parole dell'atto...; che le due linee che sieguono la firma, non possono avere alcuna influenza sulla forma del testamento, che era perfetto quando queste sono state scritte, ec.

» Questo arresto fu dedotto nella corte di cassazione, ma il ricorso fu rigettato con arresto de' 20 aprile 1813, riportato nella 4 edizione del *repertoire*, v. *signature*, §. 3. art. 5.

» Un testamento olografo è riguardato come un atto solenne che fa fede per se stesso della sua data. Così la data del testamento olografo assicura la capacità del testatore al tempo del testamento, se era maggiore o minore. La ricognizione di un figlio naturale fatta in un testamento olografo è valida, come se questi fosse riconosciuto con atto autentico.

» La forma de' testamenti olografi è quella

che è meno esposta alle sorprese, e come quella che è più particolarmente l'opera del testatore, merita la più gran confidenza. La legge quindi non assoggetta questo testamento a veruna forma particolare. Può esser fatto con lettera missiva, giusta la legge 22, cod. *de fideicommissis*; e tale era l'antica giurisprudenza, come si vede da un arresto de' 28 giugno 1678, inserito nel *Journal du Palais*, che confermò un testamento olografo fatto con una semplice missiva.

» Questa giurisprudenza fu abrogata dall' art. 3 della ordinanza del 1735 che porta: » Vogliamo che le disposizioni che fossero fatte con lettere missive sieno riguardate come nulle e di niun effetto. » Ma questa disposizione non essendo stata rinnovata dal codice, il quale dichiara al contrario che il testamento olografo scritto, datato e sottoscritto dalla propria mano del testatore, non è soggetto ad alcuna forma, art. 970 (895), ne risulta che i testamenti con lettere missive sono validi come nell' antico dritto. (*Vedi appresso le osservazioni di Delvincourt su la medesima questione*).

» Ma qualunque ne sia la forma, bisogna che il testatore abbia espresso chiaramente e senza equivoco, che la sua intenzione è stata di fare una disposizione di ultima volontà.

» Imperciocchè fa mestieri osservare che l' atto che stabilisce una liberalità, non può essere se non una donazione tra vivi o un testamento. Se le clausole che racchiude, e la maniera con cui è redatto, non caratterizzano precisamente nè l'uno nè l'altro di questi atti, allora l' atto è nullo, come l' ha benissimo deciso la corte di cassazione con un arresto de' 6 termidoro anno 13, ed in conformità dell'antica giurisprudenza. *Toullier corso di dritto civile Tomo* 5. *n.* 357. *a* 379.

» Potrebbe farsi un testamento olografo in forma di lettera missiva? La negativa, rispoode Delvincourt, era decisa dall' articolo 3 dell'ordinanza del 1735. Questa disposizione non è ripetuta nel codice: è questa una presunzione, che il legislatore non ha voluto conservarla; ed effettivamente questa proibizione non esisteva nel dritto romano, quantunque *Boutaric*, sul detto articolo 3, abbia preteso il contrario. Questo autore cita, in appoggio della sua opinione la *L.* 17. *D. de jure codicil.* Ma egli è chiaro, e Pothier lo fa osservare, e con ragione, che in detta legge non trattasi che del caso in cui il defunto in una lettera missiva abbia attestato la sua amicizia a qualcuno, promettendogli di farlo suo erede. Ora la promessa di fare, non vale lo stesso che il fatto medesimo: *magis pollicebatur se relicturum, quam relinquebat.* Del resto, noi vediamo una infinità di leggi che stabiliscono una dottrina contraria a quella di *Boutaric.* Si vegga fra l'altre, le leggi 75. *D. de legatis* 2. 11. §. 4. e 37. §. 4. *D. de legatis* 3. E nel nostro dritto attuale, se una persona scrivesse ad un'altra: » io intendo che siavi data la tal cosa, o la tal somma sulla mia successione e questa lettera fosse per intero scritta, datata e firmata dal disponente, io non veggo come non potrebbe riconoscersi in questa disposizione la forma del testamento olografo. L' articolo 970 (895) dice formalmente che questa specie di testamento non è soggetta ad alcuna forma, meno che alla scrittura, alla data ed alla firma, il tutto di mano del testatore. Poco importa dunque che il disponente indirizzi la parola al legatario, o parli di lui ad una terza persona: » *Plane enim*, dice Papiniano nella precitata legge 75 *de legatis* 2, *consistere fideicommissum ac si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur.*

» *Nota.* Ricard, il quale scriveva sotto l'impero dell' ordinanza, rapporta un arrest del parlamento di Parigi, che dichiarò valido un testamento fatto in forma di lettera missiva (delle donazioni part. 1. 149). Esiste ancora su tal quistione una decisione di Bruxelles del 19 agosto 1807 rapportata da Sirey 1813 2. part. pag. 334 la di cui decisione potrebbe sembrar contraria alla nostra opinione. Ma si vede bene dai motivi di questa decisione, che la corte giudicò la lettera missiva, di cui trattavasi, non contenere che un progetto di ultima volontà, e per niun modo la dichiarazione espressa e formale delle intenzioni del testatore. Questa decisione non ha dunque realmente pregiudicata la quistione.

» Osservate, che il testamento olografo

non è sempre che un atto di scrittura privata, e che per conseguenza, se le parti interessate pretendono per es. che non sia fatto dalla mano del testatore, elleno non hanno bisogno, come l'abbiamo di già fatto osservare, d'iscriversi in falso. Esse possono dunque contentarsi di dire, che non conoscono la scrittura del defunto; ed allora sarà dell'interesse di coloro che sostengono la validità del testamento, provarlo colla verificazione di scrittura. Così fu giudicato a Colmar il 12 luglio 1807 (Sirey, 1813. 2. p. pag. 337) *Nec obstat* ciò che abbiamo ora detto in ordine alla certezza della data. Quando si pretende che l'atto presentato non sia fatto di mano del testatore, val lo stesso che pretendersi, che non vi sia testamento. È d'uopo dunque cominciare dal provare che ve ne esista uno. Ma fatta questa pruova, esso fa fede di ciò che vi è contenuto; o per lo meno deve risultarne una presunzione bastante per rigettare sull'altra parte la pruova contraria.

» Ciò nonostante si decise a Caen il 4 aprile 1812 (Sirey 1812 2. part. pag. 336) che il testamento olografo era allogato dal codice nella classe degli atti autentici, e ciò perchè il codice accorda il possesso all'erede istituito col testamento. (*Vedi appresso la decisione della suprema corte di giustizia de' 19 aprile 1826*). Ma egli è evidente che questo motivo non ha alcun fondamento. Il testamento olografo trasferisce sì poco il possesso, che l'erede istituito deve farsi immettere in possesso dal presidente del tribunale. La corte di Caen ha preteso che la immissione in possesso pronunciata dal presidente costituiva attore l'erede legittimo, e che in questa qualità incumbeva a lui provare la falsità del testamento. Ma primieramente l'ordinanza del presidente è resa sulla semplice dimanda; non può dunque risultarne alcun pregiudizio contro de'terzi. D'altronde l'erede del sangue può dire, che è egualmente investito in virtù dell'articolo 724 (645); che questo possesso non può essergli contrastato se non quando vi esiste un testamento; che spetta al legatario che vuole impugnare tal dritto il giustificare il titolo, in virtù del quale egli pretende un dritto contrario; che egli è attore sotto questo rapporto, e come tale è tenuto a provare. Si diceva in questa causa in favore del legatario, che obbligarlo a provare la verità della scrittura, era forzarlo all'impossibile. Ma sarebbe egli più facile all'erede di provare la falsità? e *in pari causa* non si deve preferire colui il di cui titolo è incontrastabile, poichè fondato sulla legge e sulla di lui qualità di parente più stretto? E d'altronde ov'è mai la impossibilità? Intendo che qualche volta può esser difficile di trovare dei documenti, che riuniscano le qualità richieste dall'articolo 200 (204. *L. di Proced. nè giudizj civ.*) per servire di scritture di confronto. Ma si dice nell'articolo 195 (289. *L. di Proced. ne' giud. civ.*) che la verificazione delle scritture può esser fatta col mezzo dei testimonj, e nell'articolo 211 (305. *Leg. Idem.*), che possono sentirsi come testimoni coloro che avranno veduto scrivere la carta in controversia, o che avranno conoscenza dei fatti che possono servire a discovrire la verità. Questo articolo non offre esso la più grande latitudine ai giudici? E qual'è il bisogno d'introdurre un dritto nuovo contrario a tutti i principj in materia di atti privati? *Delvincourt. Corso di codice civile vol. 5. nota 188 al tit. 4.*

Fatto un testamento olografo in più esemplari di una medesima data, quale di essi avrà vigore? Ulpiano insegna, che trovandosi questi esemplari rivestiti colla nomina dei medesimi eredi, e colla firma del testatore, hanno tutti la loro validità, in modo che ognuno di essi ha il medesimo vigore, quando dell'uno, o dell'altro se ne chiede la esecuzione.

» Si in duobus codicibus simul (*secus si simul segnata non essent, puta diversa habent sigilla; tunc enim duo testamenta praesumuntur, et unum per aliud rumpitur quasi posterius; quia nemo decedit duobus testamentis*) signatis alios, atque alios heredes scripserit, et utrumque extet (*tempore mortis, et utrumque eodem tempore confectum*); ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio; quia pro unis tabulis habendum est, et supremum utrumque accipiemus. Sed si unum fecerit testator quasi testamentum, aliud quasi exemplum, si quidem id extat, quod voluit esse

testamentum, bonorum possessio petetur; si vero id quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit, ut Pomponius scripsit. *L.* 1. §. 2. *D. de bon. possess. secund. tab.*

Cujacio però osserva su questa legge, che nel soggetto caso dee aversi ragione del modo come tali esemplari sieno fatti sia su la nomina dell' erede, sia su la loro forma, e tenore.

» Quid si testamentum scripserit in pluribus exemplaribus an necesse est omnes codices extare? Sic distinguendum est: aut in pluribus codicibus eodem tenore, et eodem herede scripto testamentum scriptum est, et tunc sufficit, si extet unum exemplar *L. si in duobus sup. quemad. testam. aper. et §. si quis in duobus h. L.* Quod si in pluribus exemplaribus alii atque alii heredes scripti sint, an necesse est omnia exemplaria exstare? distingue: aut illi codices simul signati sunt, aut separatim. Si simul, omnes exstare necesse est, quoniam habentur pro uno testamento §. *sed etsi in duob. h. L.* Quod si separatim signati sint, et diversi heredes in eis scripti, tunc sequemur posterius testamentum; sed si non apparent, quis sit supremus codex, quaestio facti est, non juris. Hic itaque jus non deficit, sed probatio, quae si deficiat nullus codex admittitur ex sententia Azonis *L. duo sunt sup. de testam. Cujacii Comment. in tit.* 11. *de bonor. posses. lib.* 37. *D.*

La suprema corte di giustizia esaminò il dubbio se un testamento olografo scritto dal testatore in carta privata, contenente delle interlinee, e cassature fatte di carattere del testatore medesimo, possa dichiararsi valido, e legale. Con decisione de' 27 luglio 1824 fu risoluto affermativamente.

» *Fatto* - In febbrajo dell'anno 1818 il cavalier D. Domenicantonio Franchini istituì giudizio nel tribunale di Salerno contro i conjugi D. Giovanni Franchini suo fratello, e D. Emmanuele Colonna, tanto per la divisione de'beni ereditarj paterni, e materni, e comuni per le successioni degli arcipreti D. Fabio, e D. Bartolomeo, e del canonico D. Giuseppe Franchini quanto per lo pagamento di alcuni crediti rappresentati da esso cavaliere contro de' conjugi anzidetti.

» Dietro l'eccezioni de'rei convenuti seguirono provvidenze interlocutorie di quel tribunale, ma poi fu compromesso a due arbitri di pronunziare sulle diverse contestazioni sorte dalla natura de'cennati giudizj. Gli arbitri infatti profferirono la loro sentenza, colla quale tra le altre cose, accolsero l'azione *communi dividundo*, con dividersi il fondo *Seroni* in tre porzioni uguali, senza tenersi conto de'frutti percepiti, dichiarando, le parti scambievolmente assolute dalle domande di rendiconto, migliorie, e percezioni de'frutti. D. Giovanni portò l'affare avanti alla gran corte civile. Allegò tra l'altro, che qualora si era esclusa la società universale dovea farsi salva a ciascuno la roba rispettivamente acquistata; ed in conseguenza che gli aumenti fatti colle rendite de'beni dotali di sua moglie, dovevano addirsi a lui, e non compensarsi coi frutti; e che a torto si era negata l'efficacia al testamento dell'arciprete D. Giuseppe, mentre il medesimo era stato scritto interamente, sottoscritto, e datato dal testatore. Il cavaliere coll'appello incidente domandò il rendiconto per anni 22 e di condannarsi D. Giovanni alla restituzione de'frutti dal giorno de'rispettivi contratti di separazione avvenuta tra essi, e non già dalla dimanda giudiziaria, come si era fatto.

» La gran corte civile di Napoli con decisione de'3 giugno 1820 emendando la sentenza arbitrale, dichiarò nulla l'ultima disposizione dell'arciprete D. Giuseppe Franchini dal medesimo scritta a 13 novembre 1814, e che de'beni appartenenti al cavaliere D. Domenicantonio gli si dovessero i frutti dal dì 5 novembre 1818. Condannò in conseguenza D. Giovanni a rendere il conto a' termini del codice di procedura. Sulla condanna finalmente che per gl'interessi dei crediti di esso cavaliere gli arbitri avevano pronunciata dal giorno della istituzione del giudizio in poi, essa gran corte assunse gli altri interessi antecedentemente scorsi, che dichiarò esser dovuti dal dì 4 maggio 1807, e fintanto ch'esso cavaliere non fosse stato soddisfatto della sorte.

» Contro questa decisione D. Giovanni si provvide di ricorso per annullamento, allegando 1. Che la gran corte civile annullando il te-

stamento olografo del canonico Fanchini avea violato l'articolo 879 del cod. civile. 2. Che gli arbitri, e la gran corte evano ammessa una ideale compensazione lesiva al ricorrente, contro le regole stabilite dall'articolo 1245 del detto codice. 3. Che la stessa gran corte senza esaminare i titoli, ed il merito delle eccezioni proposte dal ricorrente, relativamente ai frutti de' capitali pretesi da D. Domenicantonio aveva aggravata la condizione di esso D. Giovanni, nel dichiarare, che i medesimi eran dovuti dal dì 4. maggio 1807 epoca della loro separazione, e non già dal giorno della contestazione della lite.

» Udito il rapporto ec. ec. ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per l'annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Visto il ricorso: Vista la decisione:

» Visto l'articolo 970 cod. civ. e l'articolo 895 leggi civili:

» Attesocchè il tesamento olografo per esser valido, altro non richiede, se non che sia scritto interamente, datato, e sottoscritto di propria mano del testatore. Queste tre condizioni sono richieste a pena di nullità: altre formalità non vi abbisognano.

» Considerando che l'atto di ultima volontà dell'arciprete D. Giuseppe Franchini compreso in un foglio da lui rimasto, ha tutte le indicate formalità del testamento olografo; dacchè non si dubita di essere scritto interamente, datato, e sottoscritto di propria sua mano.

» Attesocchè la gran corte mentre non ha sconosciuto l'indicato principio di dritto, e la verità del concorso degli estremi cennati, l'ha dichiarato inefficace supponendolo un progetto, non un'atto terminato; mentre la disposizione trovasi scritta in carta semplice, e con cassature. Ma la legge non richiede, che il testamento olografo sia scritto in carta bollata; può essere scritto in ogni specie di carta: dargli un vincolo non richiesto dalla legge, verrebbe a diminuirne la semplicità, che ne forma il carattere, e la facilità di disporre, che n'è stato l'oggetto.

» Attesocchè per dritto romano *L.* 2. *de iis quae in testamento delentur*: *L.* 12. *C. de testam.*, le interlinee le cassature non annullano il testamento. Ciocchè consulto è cassato, non si dee; quello che è messo su versi è dovuto quando è scritto di volontà del testatore. Sarebbe nullo solamente un testamento olografo se vi si trovasse giunta di alieno carattere; ma questa non lo vizia, ove sia del testatore.

» Anzi la legge notariale vuole *l' approvato* nelle postille alle minute, il che non è richiesto nel testamento olografo; onde da cotesta mancanza neppure potrebbe trarsi motivo di nullità: dappoicchè non può dichiararsi la nullità per cosa, che non si attenga alla sostanza dell'atto se non sia formalmente pronunciata dalla legge.

» Nè potea darsi al foglio in esame l'idea di progetto, perchè vi si trovano le parole seguenti: «» formo questo mio testamento, ed atto di ultima volontà nuncupativo, scritto e codicillo.»» Coteste parole mentre presentano l'idea che l'arciprete D. Giuseppe volea dare allo scritto la maggiore efficacia, onde lo paragona a titoli autentici, non indicano, che volea fare un testamento nelle due forme cennate e non in altra guisa; e se può dirsi, che avea idee non chiare delle cose, non può negarsi che conoscea, che il testamento olografo meritasse la stessa efficacia del testamento mistico, o nuncupativo. Il diifetto di dizione, e qualche ambiguità nè testamenti *modo de testatoris constet voluntate*, non viziano adunque il testamento *L.* 24. 25 *de testamentis*, come inopportunamente ha creduto la gran corte.

» Sul secondo motivo. La suprema corte non trova legale la compensazione ordinata co' frutti della spesa de' miglioramenti; senza elementi della qualità, natura, e stato de' fondi acquistati come esistenti in famiglia, e del fruttato de' medesimi. Nel principio della società, e nel tempo, che si sciolse, non vi era luogo a compensazione. Le leggi vogliono crediti, e debiti sicuri per bilanciare; e la compensazione in blocco, come si è ordinata, non è legale.

» Sul terzo mezzo. Attesocchè tra le quistioni a decidersi vi era quella; se i frutti dei capitali, che D. Domenicantonio Franchini

rappresentava contro D. Giovanni suo fratello, e della moglie si doveano dalla data degli istrumenti, o dalla separazione avvenuta tra fratelli, o pur dal tempo della lite contestata. Gli arbitri opinarono, che si dovessero dal giorno delle lite contestata. La gran corte riforma, contentandosi di dire: è giusto, che gl'interessi si debbono dal giorno della separazione. È di essenza delle decisioni, e delle sentenze la espressione de'motivi che debbono indicare.

» La corte suprema non può applaudire ad una decisione emessa senza l'opportuno avvedimento, e le ordinarie serietà de'giudizj.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile di Napoli in altra camera, ed ordina di restituirsi il deposito. »

Nella medesima corte suprema portato il dubbio se il testamento olografo sia a considerarsi come scrittura privata, o pubblica, a 19 aprile 1826 si decise, che privo delle formole che glie ne attribuiscono l'autenticità è a riputarsi per privata scrittura.

» *Fatto*. Nel dì 20 novembre 1822 fu da Gabriele Tatascione esibito nel giudicato regio di Bucchianico provincia di Chieti un testamento olografo di Nicola Tatascione di lui zia paterna morta a' 20 settembre dello stesso anno. Nell'enunciato testamento si trovano scritti eredi esso Gabriele, ed i di lui fratelli Vincenzo, Filippo, e Domenicantonio. Quest'ultimo è trapassato

» Quel giudice regio con ordinanza del 12 dello stesso mese ne dispose il deposito presso del notajo Tommaso Orlandi, e se ne fecero gli opportuni atti legali.

» Anna Rosa Mancinelli vedova di Urbano Tatascione fratello della defunta Nicola, e madre, e tutrice di tre figli procreati in costanza di matrimonio col suddetto Urbano, ravvisando il pregiudizio machinato contro di essi suoi figli, produsse querela di falsità del menzionato testamento, su di che fu istituita la corrispondente processura.

» Della falsità sono chiamati autori, e complici i sopranominati Gabriele, Vincenzo, e Filippo. Il solo Gabriele in un'atto solenne dichiarò poi di non volere far uso affatto di tale testamento.

» Il pub. minist. presso la gran corte criminale di Chieti osservò, che gravi argomenti di reità concorrevano contro degl'imputati; ma che relativamente a Gabriele Tatascione, ai termini dell'articolo 447 della procedura penale, non vi era luogo a procedimento per avere dichiarato di non volersi più servire di un documento privato attaccato di falso. Richiese perciò di spedirsi il mandato di arresto contro di Vincenzo, e Filippo Tatasciore solamente.

» Quella gran corte criminale per l'opposto considerò, che il testamento era di dritto pubblico, non già privato, e che la legge attribuisce al testamento olografo munito delle formalità una caratteristica particolare, che gli fa avere esecuzione come qualunque atto autentico. Quindi con deliberazione de' 5 settembre 1825 ordinò di rinviarsi gli atti al minist. pub. per le sue ulteriori requisitorie.

» Cotesta deliberazione si è dal pub. minist. denunciata alla suprema corte provocandone l'annullamento nell'interesse della legge. Egli sostiene, che il testamento olografo sia una scrittura privata; e che qualora sia attaccato di falso, se l'imputato vi rinunci, goder deve de'vantaggi del succennato articolo 447 della procedura penale.

» Deduce inoltre, ch'essendo essa corte tenuta di rispondere, e decidere sopra ogni parte della requisitoria caduta in discussione, non dovea ritardare gli ordini di arresto contra gli altri imputati dello stesso reato.

» Udito il rapporto; ed inteso l'avvocato generale Celentano, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto dichiararsi di non esservi luogo a deliberare sul ricorso, e facendo sue le ragioni addotte nel ricorso medesimo relativamente a Gabriele Tstasciore, ha chiesto l'annullamento della decisione nell'interesse della legge.

» La corte suprema di giustizia, deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist. Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso.

» Attesochè il dritto di chiedere l'annullamento di una decisione nell'interesse della legge appartiene esclusivamente al pub. minist.

presso la corte suprema di giustizia, e che i ministeri pubblici presso le gran corti criminali ove non credano di produrre ricorso nell'interesse delle parti, non possono neppur produrlo nell'interesse della legge, ma debbono semplicemente denunziare al ministro di grazia, e giustizia, quelle decisioni, in cui credano, che la legge si sia conculcata per quindi rinviarsi le carte alla corte suprema, e pronunziarsi l'annullamento nell' interesse della legge.

» Visto l'articolo 125 della legge organica de' 29 maggio 1817.

» Dichiara di non esservi luogo a deliberare sul ricorso.

» Sull'annullamento poi nell'interesse della legge richiesto dal pub. minist.

» Considerando, che le scritture pubbliche sono quelle, che si redigono da'pubblici uffiziali, ne' quali la legge ripone una intiera fiducia, e à di cui atti si attribuisce dalla legge medesima una piena fede fino a che non siano dimostrati falsi.

» Considerando, che il testamento olografo non è una scrittura pubblica, ma privata, giacchè non si redige da alcun pubblico uffiziale, ma si scrive dal solo testatore senza bisogno neppure di testimonj; e sebbene la legge ordina, che il testamento olografo per divenire esecutivo debba essere rivestito di alcune formalità, che si formano dagli uffiziali pubblici, pure tali formalità non fanno cangiare di natura l'atto medesimo, e non si dirà mai, che un testamento olografo rivestito delle forme esecutive, sia un testamento per atto pubblico.

» Considerando, che nella causa in esame Gabriele Tatasciore era imputato di falsità nella prima formazione di un testamento olografo, cioè di una privata scrittura: che in teso egli nell'atto di contraddizione fatto dall' istruttore dichiarò formalmente di non volersi avvalere più di detta scrittura: e che quindi a' termini dell'articolo 447 delle leggi di procedura penale non poteva darsi luogo contro di lui a procedimento penale.

» Considerando, che la gran corte criminale di Chieti si allontanò da' principj legali di sopra espressi, allorchè considerò nella sua decisione, che il testamento olografo della di cui falsità Gabriele Tatasciore era imputato, fosse stata una scrittura pubblica, e che non fossero state a lui adattabili le disposizioni dell'articolo 447 del rito penale, il quale perciò fu espressamente violato.

» Visti gli articoli 447 delle leggi di procedura penale, e 125 della legge organica de' 29 maggio 1817 così concepiti.

» Art. 447. Nel caso dell'articolo precedente, se la parte dichiara di non volersi più servire del documento, sarà il documento rigettato dal processo, e non vi sarà più luogo a procedimento penale.

» Questa dichiarazione non è più rivocabile nè nel giudizio criminale, nè nel giudizio civile. »

» La dichiarazione non produce effetto che solamente per colui, che la fa, e per coloro, che hanno causa da lui. »

» Se la parte o non risponda fra otto giorni, o dichiari, che intenda servirsi del documento, la istruzione sulla falsità sarà proseguita; nè la dichiarazione successiva dell'imputato di non più volersene servire produrrà alcuno effetto. »

» Art. 125. Se il regio procuratore generale presso la corte suprema avrà notizia, che si sia profferita una sentenza o decisione, la quale importi infrazione della legge, o de'decreti, o racchiuda violazione di forme essenziali del rito, o eccesso di potere, senzachè alcuna delle parti abbia reclamato nel tempo stabilito, dovrà portarla alla cognizione della corte medesima la quale ne farà l'esame, e trovando sussistente la contravvenzione, o la violazione, o l'eccesso di potere, ne pronunzierà l'annullamento. »

» Annulla la suddetta decisione nell'interesse della legge. »

La corte di cassazione di Parigi con decisione de'3 settembre 1806 riconobbe i caratteri di atto autentico nel testamento olografo quando però fosse messo nel numero delle minute del notaro, cui venne consegnato.

» *Fatto.* Il 26 nevoso anno 7, il signor Andrieux, ajutante comandante, fa a Parigi un testamento olografo, col quale riconosce Paolo Aimé Andrieux per suo figlio naturale, e lo istituisce erede. Egli deposita questo testamento nello studio del notajo Badenier. In mes-

sidoro anno 10 egli muore a St. Domingo. Il 7 vendemmiale anno 11, il suo testamento è aperto, con tutte le forme richieste, dal notajo Badenier che lo aveva di già posto nel numero delle sue minute. Qualche tempo dopo compariscono il titolo del codice relativo ai figli naturali, e la legge transitoria del 14 fiorile anno 11, che rimanda a questo codice il regolamento dello stato e de' diritti de' figli naturali, di cui i padri sono morti dopo la pubblicazione della legge del 12 brumale anno 2. In conseguenza il tutore di Paolo Aimè Andrieux reclama per esso la metà della successione del defunto. La signora Audrieux, moglie di Duston Darse, gliela contrasta, sull'appoggio che non è riconosciuto con un atto autentico.

» Con decisione dell' 11 febbrajo 1806: - Considerando che con una disposizione espressa dello statuto di Parigi, sotto l'impero del quale il testamento di cui si tratta è stato fatto (poichè egli è di una data anteriore alla promulgazione del codice, che il suo autore è morto, e che il deposito nel numero delle minute di un notajo ha avuto luogo pure prima della detta promulgazione), questo testamento è solenne ed autentico, come lo insegna il signor Merlin alla parola *testamento* §. 7 e 8; d'onde segue che il minore ha in suo favore una ricognizione legale, come fatta in un atto autentico; considerando che indipendentemente, ed astrazion fatta dalla legalità della detta ricognizione, il testamento di cui trattasi contiene una istituzione in favore del minore, e che questa istituzione deve sortire il suo effetto dopo l'art. 2 della legge transitoria del 14 fiorile anno 11. - Che si obbietta in vano che questa instituzione non può produrre alcun effetto, che l'articolo della detta legge transitoria non concerne che i figli naturali legalmente riconosciuti; che questa obbiezione è contraria alla lettera ed allo spirito del detto articolo 2, che non può essere stato inserito che per convalidare le disposizioni testamentarie fatte in favore de' figli naturali non legalmente riconosciuti, che quelle fatte in favor di coloro che hanno una ricognizione legale, avevano di già una esecuzione sicura dopo il codice civile; - Che per conseguenza della ricognizione fatta nel testamento di cui si tratta, considerato come un atto autentico, o anche per una conseguenza della disposizione dell' articolo 2 della legge transitoria del 14 fiorile anno 11, la volontà del testatore può e deve ricevere la sua esecuzione quanto al nome del figlio, poichè questa nomina non toglie nè dà di più dei diritti che il codice accorda sopra la sua successione;

Considerando che è detto nel testamento di cui si tratta, che è scritto e sottoscritto dal testatore; che questo testamento depositato confidenzialmente dal fu Andrieux nelle mani del notajo Badenier, la detta Andrieux ha in appresso certificato esser vero, e che col suo consenso esso è stato depositato per minuta presso il detto notajo, il quale ne ha rilasciato copia prodotta in causa; - Che, mediante tal deposito nel numero delle minute del notajo, il testamento è divenuto autentico per far fede del suo contenuto, ch' egli è scritto e sottoscritto dal testatore conformemente al tenore del detto atto; che d'altronde la detta signora Duston certificando la veracità del detto atto depositato per minuta sotto la qualificazione di testamento olografo del signor Antonio Maria Martin Andrieux, ha riconosciuto necessariamente la verità materiale dell' enunciativa contenuta in esso, ch' egli è scritto e sottoscritto dal testatore;

» La corte d'appello di Monpellier dichiara Paolo Aimè Andrieux, riconosciuto con un atto autentico, figlio naturale dell' ajutante comandante dello stesso nome, e gli aggiudica la metà della successione di suo padre.

» La signora Duston-Darse ricorre in cassazione. Sopra rapporto del signor Coffinhal: » Atteso che riguardando come bastante il riconoscimento del figlio naturale di cui si tratta, contenuto in un testamento olografo fatto a Parigi, riputato solenne con articolo 289 dello statuto, il quale affidava al testatore e la sua autorità per disporre, ed un carattere per redigere la sua volontà; testamento il quale d'altronde era stato messo nel numero delle minute di questo notajo, dopo la morte del testatore, ed anche prima della pubblicazione del codice civile, come lo giustificano i processi verbali de' 7 e 12 vendemmiale anno 11, aveva acquistato tutti i caratte-

ri di un atto autentico: la decisione impugnata ha fatto una giusta applicazione dell' articolo 334 (257) del codice civile.

» Atteso che il riconoscimento essendo giudicato valido, il minore ha dovuto essere ammesso a dividere la successione di suo padre per metà colla signora Duston, sua sorella, conformemente alla legge del 4 germinale anno 8, sotto la quale questa successione si è aperta, ed essere autorizzato a portare il suo nome; La corte rigetta.

» §. 6. Il testamento per atto pubblico è » quello che si riceve da due notari in pre» senza di due testimonj, o da un notaro in » presenza di quattro testimonj. *Art.* 896. » *Leg. civ.*

Gl' imperatori Diocleziano, e Massimiano rescrissero egualmente che i testimonj adoperati nel testamento debbono esser presenti al testatore nel momento in cui egli manifesta la sua volontà.

« Si non speciali privilegio patriae tuae juris observatio relaxata est, et testes non in conspectu (*testes coadunati eodem tempore*) testatoris, testimoniorum officio (*scilicet audiendo testatorem*, *sigillando*, *et signando*) functi sunt, nullo jure testamentum valet. *L.* 9. *cod. de testamentis.*

Casus. Heres Titius institutus dicebat testamentum esse validum, et producebat testes, qui tamen non fuerunt praesentes, quando factum fuit testamentum, sed tantum recitari audierunt, et ex animi suo judicio haec disposita esse dixerunt, recitato tamen prius testamento, an valeat tale testamentum? Dicitur quod non. *Vivianus.*

Ogni breve intervallo di assenza del testimone dal testatore non altera in modo alcuno la disposizione testamentaria. Così Giustiniano.

» Et si quidem a testatore aliquid fiat (*ut cum jam inceptum est testamentum*) testibus paulisper separatis, cum coram his facere aliquid naturale testator erubescat: iterum introductis testibus, consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam vel quosdem testium aliquid tale contingat, si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire, iterum eorundem testium reversum expectari, et solemnia peragi sancimus. Sin autem longiore spatio refectio fortuiti casus indiget, et maxime si salus testatoris periclitantis imminent, tunc illo, vel illis testibus, circa quos aliquid tale eveniat separatis, alios subrogari, et ab eo (*subrogato*, *vel surrogatis*) vel ab eis tam testatorem quam alios testes sciscitari ea quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram his processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum, jubemus tunc eos (. *surrogatos*, *vel surrogatum*) vel eum una eum aliis testibus, ea quae oportet, facere, et si in medio (*scilicet tempore postquam quidam recesserunt*, *et antequam alii surrogarentur*) subscriptiones testium jam fuerant subsecutae. *L.* 28. §. 2. *cod. de testamentis.*

» Si deve conservare la minuta del testamento? Nell' uso si fa, risponde Delvincourt, ed io credo che ciò sia prudente cosa, ma stento a credere che si possa pronunciare la nullità di un testamento, che fosse stato fatto in brevetto, e rimesso al testatore. L' articolo 20 della legge sull'orgonizzazione del notariato, dopo aver imposto ai notaj l' obbligazione di custodire la minuta di tutti gli atti che ricevono, aggiunge » Non sono punto compresi nella presente disposizione li certificati di vita, le procure, quietanze ec. ed altri atti semplici, che secondo le leggi possono esser fatti in brevetto.

» Ora colla parola *atti semplici* s' intendono ordinariamente gli atti che non producono obbligazione, o che ne producan da una parte solamente: ora un testamento, durante la vita del testatore è certamente un atto semplice sotto tutti i riguardi. D' altronde il codice, che richiede che le donazioni tra vivi sieno passate in minuta a pena di nullità non ha ripetute le stesse disposizioni per i testamenti. Io penso dunque, come ho detto, che a rigore il testamento può esser fatto in brevetto, e rimesso al testatore. Questo è anche il parere di Ferriere. Pertanto si potrebbe opporre a questa decisione che l'articolo 1007 (1933) il quale prescrive le formalità da osservarsi per la presentazione, per l'apertura, per la descrizione, e pel deposito dei testamenti, non parla che dei testamenti olografo, e mistico: dal che potrebbe conchiudersi, di aver esso supposto che

i testamenti per atto pubblico debbono restare presso i notaj, che li ricevono. Ma si può rispondere, che sopratutto in una materia così rigorosa, come quella dei testamenti, non si può creare una nullità sopra una semplice presunzione; che la legge *statuit de eo quod plerumque fit*; che accaderà quasi sempre, che i testamenti per atto pubblico saranno passati in minuta; ma che non è questa una ragione per annullar quelli in brevetto, poichè la legge non si è su questo punto pronunziata formalmente come lo ha fatto per le donazioni tra vivi.

» Se il testamento fosse passato in minuta potrebbe il testatore ritirarselo? Anticamente dietro l'articolo 6 dell'editto del controlo di marzo 1693 l'affermativa non ammetteva dubbio. Oggi soffrirebbe difficoltà per l'articolo 22 della legge già citata, che vieta indistintamente ai notari di consegnare qualsivoglia minuta. Sarebbe desiderabile per tanto che fosse rimessa in vigore l'antica disposizione: un testatore che rivoca un testamento può desiderare di sopprimerlo perfettamente.

» *Nota*. Una decisione del ministro delle finanze, del 25 aprile 1809 autorizza i notai, a consegnare ai testatori nel tempo della loro vita le spedizioni de' loro testamenti, sebbene non sieno registrati. (Sirey 1809 2 parte pag. 270.)

» Sono i notai obbligati ad inserire ne' repertorj, giusta le rispettive datte la menzione de' testamenti che ricevono? L' articolo 29 della legge sul notariato non fa alcuna eccezione, e la corte di cassazione ha in questo senso giudicato col suo arresto del 19 dicembre 1808. (Sirey 1809. 1 parte pag. 231.) Ma quest'obbligo non sarebbe incompatibile colla facoltà che si potrebbe accordare ai testatori di ritirar la minuta dei loro testamenti; poichè i notaj sono obbligati a segnare su i di loro repertorj anche gli atti in brevetto, e di cui non resta loro minuta. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5 *nota* 191 *al tit.* 4.

» §. 7. Se il testamento si riceva da due » notari, verrà loro dettato dal testatore, e » sarà scritto da uno di questi notari tal qua» le gli viene dettato.

» Se non vi sia che un solo notaro, deb» be egualmente essere dettato dal testatore » e scritto da questo notaro.

» Nell' uno, e nell' altro caso se ne dee » far la lettura al testatore in presenza de' » testimonj.

» Di tutto si dee fare espressa menzione. » *Art.* 897. *Leg. civ.*

Dopo additata la forma del testamento per atto pubblico allorchè si riceve da due notari, l'articolo conchiude che di tutto si dee fare espressa menzione. Su di ciò ci fa osservare Maleville che » alcuni tribunali avvisarono essere sufficiente, che il notaro dicesse avergli il testatore dettate le sue disposizioni senza che fosse necessario di soggiugere, ch' esso le avea scritte, onde fugire un pleonasmo. Imperocchè quando si dice, che tale o tale ci ha dettata una cosa s'intende di necessità che noi l' abbiamo scritta. Altri tribunali all' incontro portarono opinione, che si dovesse stare rigorosamente ai termini della legge. Non è a vedersi se ella abbia fatto male o bene di prescrivere che si faccia menzione e della dettatura, e della scrittura. È certo ch' ella ha prescritte amendue le cose, e perciò, dicono, doversi cancellare quei testamenti ove sono entrambe.

» Grandissime, bellissime, e sopra tutto lunghissime dissertazioni si sono fatte da questa parte, e da quella. Ciò non ostante non mi sembra difficile lo scioglimento di tale questione. Basta confrontare il testo dell' ordinanza del 1735 con quello del nostro articolo per convincersi, che l' estensore di quest' ultimo avendo sotto l' occhio l' ordinanza ha voluto artatamente deviare dalla medesima; e non solo esigere la menzione della lettera, come nell' ordinanza, ma altresì quella della scrittura del notaro.

» Per abbracciare una opinione diversa bisogna rifiutare la testimonianza degli occhi proprj.

» Ma è un pleonasmo, si dice. Oibò. Quante volte un notaro, fa scrivere il testamento dal suo giovane, che lo accompagna, e poi attesta di averlo scritto egli stesso sotto la dettatura del testatore? Senza che non tocca ai tribunali di decidere che una formalità sia inutile, e che una sola possa essere sufficien-

te, quando la legge le ha richieste tutte due.

» Ma non è nemmen vero che la formalità della menzione della scrittura sia inutile, e sia proscritta senza motivo. È importantissimo che dall'atto stesso risulta, che il notaro sia quegli che lo abbia scritto, onde non vi sia bisogno di confrontare la scrittura coll'originale. La sola copia dell'atto basta per convincersi allora della scrittura del notaro; cosicchè se egli dicesse di aver scritto l'atto, e poi si trovasse questo disteso da altra mano, si renderebbe colpevole di falsità; laddove non facendosi motto nella legge che della sola dettatura, e sottintendosi l'obbligo della scrittura, il notaro potrebbe semplicemente allegare che il testatore gli ha dettate le sue disposizioni, le quali non trovandosi poi vergate da lui, renderebbero il testamento nullo, ma non darebbero dritto d'imputare il notaro di falso.

» Nè io credo che il notaro debba scrivere il testamento in quel dialetto, in cui venne dettato, dal testatore, cosicchè egli abbia a servirsi delle stesse sue parole, come fu sentimento di un autore moderno. Il notaro è semplicemente obbligato di non alterare il senso delle disposizioni testamentarie. In questo modo fu sempre interpetrata la dettatura, che le diverse leggi prescrissero. *Malevill. Osservazione all' art. 972 del cod. civ.*.

È nullo un testamento allorchè viene annunciato solamente di essere stato dettato al notaro, e letto da questi al testatore in presenza di testimonj e senza espressa menzione che il notaro è colui che lo ha scritto?

Gli autori della giurisprudenza del codice civile han detto.

» Ecco sopra questa quistione estremamente disputata l'opinione de' giureconsulti Faure, Grennier, Jubert, e Siméon.

» Le formalità a cui sono soggetti alcuni atti hanno per iscopo d'impedire le frodi.

» La menzione che dee esser fatta, ha per oggetto di provarne la osservanza. Quindi per assicurarsi che un testamento ricevuto da uno o due notari, è l'espressione della propria volontà del testatore, la legge vuole che detti le sue disposizioni lo stesso testatore. E per assicurarsi che esso le ha dettate, esige che l'atto ne contenga la menzione. Se la menzione non è ordinata, tutte le volte che la stessa avrà avuto luogo, bisognerebbe o ritenere necessariamente la formalità come adempita, ciò che non sarebbe giusto, poichè niuna cosa lo proverebbe; ovvero ammettere le parti interessate a provare che la stessa non lo è stato; lo che sarebbe la sorgente di una infinità di liti.

» Questo è ciò che ha saggiamente evitato il nuovo codice.

» È omessa la menzione? La legge suppone che non è stata adempita la formalità: l'atto è dichiarato nullo.

» La menzione esiste? La legge non permette di dubitare che sia stata osservata la formalità: essa non ammette la prova del contrario.

» L'azione di leggere, e quella di dettare, essendo delle operazioni che non possono essere comprovate nel testamento se non mediante la sola menzione, ne risulta che la letterale menzione è indispensabile a riguardo di tutte due.

» È dessa egualmente necessaria rispetto all'azione di scrivere? Non è applicabile la stessa ragione. La scrittura porta per se medesima la sua prova; perchè essa costituisce il corpo dell'atto. Come supporrebbe la legge che l'atto non è stato scritto dal notajo, allorchè la supposizione fosse evidentemente smentita da ciascuno de' caratteri de' quali è composto l'atto, ed allorchè quegli che impugna l'atto, non potesse ragionevolmente non conoscere tale scrittura?

» Questa operazione non può dunque essere parificata a quella di cui niente prova l'esistenza, se non è annunciata da una menzione.

» Si oppone che la legge non fa alcuna distinzione, e che ella prescrive che si farà di tutto menzione espressa.

» È chiaro che la legge si è servita di questa espressione, per non ripetere la nomenclatura delle formalità che prescrive.

» È chiaro inoltre ed indubitato che la legge non ha inteso che la menzione consisterebbe nella ripetizione di cadauna delle parole che impiega, e che una sola parola non basterebbe, quantunque il significato fosse

sufficiente a comprovare l'osservanza delle due formalità.

» Se esistesse una formola sagramentale, determinata dalla legge, sarebbe certamente mestieri osservarla colla più scrupolosa esattezza.

» Non essendo consagrata alcuna formola, ne risulta che non vi è necessità di assoggettarsi all'impiego di questa espressione o di quella; e che se quelle che vengono impiegate equivalgono alla menzione formale del tutto, non vi bisogna dippiù onde siasi adempito al voto della legge.

» Nel testamento di cui si tratta, si fa menzione al principio ed al fine,

» 1. Che il testamento è stato dettato ai notari che lo hanno firmato;

2. Che il medesimo è stato letto e riletto da uno di loro al testatore, il quale ha dichiarato averlo bene inteso e perseverarvi.

» Quest'ultima menzione prova che il testamento è stato scritto qual è stato dettato; poichè essendo stato letto e riletto al testatore, questi lo ha firmato senza riclamo. Egli ha riconosciuto del pari che erasi scritta ben esattamente la volontà che manifestava; avvegnacchè ha dichiarato che vi perseverava. Or non si può perseverare che in ciò che si è dichiarato volersi.

» Non rimane più che un punto solo ad esaminare: cioè se non ostante la prima menzione, vale a dire, se, malgrado la formale menzione che il testamento è stato dettato ai notari, siavi la possibilità di supporre di essere stato scritto da qualsivoglia altro che da loro. Oltre che il corpo della scrittura prova, senza replica, che eglino soli lo hanno scritto; oltre che quegli che impugna il testamento lo riconosce egli medesimo, non osando asserire il contrario; si dissiperà anche il dubbio il più leggiero, se si penetri bene il vero significato della parola *dettare*.

» Dettare importa l'idea di due persone che agiscono. Parla l'una? Egli è questo l'atto di chi detta una cosa.

» Scrive l'altro? È questo l'atto di colui a cui la cosa è dettata.

» Non si detta se non esiste la persona che scrive. Quegli che scrive sotto la dettatura, non può essere che la persona a cui si detta.

» Per tal modo, dire che il testatore ha dettato ai notari sottoscritti, è dire al tempo stesso, che i notari, la di cui firma è apposta in fine del testamento, lo hanno scritto sotto la dettatura del testatore. Da ciò risulta, che i notari non avevano bisogno di aggiungere che eglino avevano scritto il testamento.

» Il dizionario dell'accademia, la di cui autorità sopra questo punto è irrefragabile, definisce in tal modo la parola *dettare*.

«»Pronunciare parola per parola ciò che altri scrive nel medesimo tempo. »»

» Esempio: Dettare una lettera al suo segretario. — Un regente che detta un tema a' suoi scolari. »

» Gli autori del dizionario si sono ben guardati dall'aggiungervi. «È il segretario che scrive la lettera. — Sono gli scolari che scrivono il tema»; niente sarebbe stato più ridicolo.

» Sarebbe tutt'altra cosa se i notari si fossero contentati di dire che eglino avevano scritto il testamento, in luogo di aver annunciato nel principio che il testatore lo aveva loro dettato.

» Imperciocchè dal farsi menzione che i notari hanno scritto il testamento, non risulta che lo hanno scritto sotto la dettatura del testatore.

» Potrebbe accadere che il testatore avesse rimesso o fatto rimettere ai notari un progetto di atto preparato preventivamente, ed il quale fosse assai meno l'espressione della sua volontà, che il risultato della suggestione.

» Se dunque il testamento di cui si tratta facesse menzione che i notari lo hanno scritto, e non che il testatore lo avesse loro dettato, si sosterrebbe con ragione, che l'atto è nullo; perciocchè non risulterebbe da' termini dell'atto che fosse stata osservata la formalità relativa all'azione del dettare.

» Poichè al contrario l'atto porta che è stato dettato a' notari, e che la conseguenza necessaria di questi termini è che lo hanno scritto i notari, questa sola menzione soddisfa allo spirito della legge nella maniera la più chiara e la più perfetta. Qualunque addizione non sarebbe stata che una superfluità.

» Senza ragione e senza vantaggio si allegherebbe che la legge dice, che il testamen-

to sarà scritto da uno de' notari, e che nell' atto impugnato non si vede quale de' due lo ha scritto. La risposta è, che non esige la legge che il testamento ricevuto da due notari sia scritto per intiero dai medesimi. E come tutti e due non possono scrivere contemporaneamente, è sempre uno di essi che ha scritto; quantunque l'uno avesse scritto il principio dell' atto, e l'altro il fine.

» In una parola, poichè non vi esiste alcuna formola consagrata, basta che i termini della menzione esprimano tutto ciò che la legge ha voluto far constare.

» Sotto l'ordinanza d'Orleans, di cui l'art. 84 portava:

» In caso che le parti o testimonj non sapessero scrivere, i notari o tabellioni faranno menzione della richiesta da essi fatta alle parti e testimonj di sottoscriversi, e della loro risposta che non sanno scrivere. »

» Si domandava la nullità di un testamento nel quale i notari non avevano fatta menzione della richiesta. Eglino si erano contentati di dire, che il testatore aveva dichiarato non poter firmare quanto al presente, a motivo della sua malattia.

» Una decisione proferita nella gran camera del parlamento di Parigi, il 13 dicembre 1654, rigettò cotal pretensione.

» *Ricardo*, il quale cita questa decisione, part. 1, cap. 5, sezione 7, n. 2526, osserva che i giudici si deteminarono au ciò, che la menzione della interpellazione non era necessaria perchè la dichiarazione del testatore suppone per necessità la interpellazione precedente del notaro. «» *Basta*, soggiunge questo celebre giureconsulto, che sia adempita l'ordinanza, anche mediante equipollenza, senza che vi sia l'obbligazione di osservare alcuna formola. »»

» Se i giudici si determinarono allora, in forza di una semplice supposizione, a non ammettere i motivi di nullità, si faranno oggi premura di rigettare un motivo fondato sulla ommissione di una parola, il di cui senso si trova contenuto fino all' ultima evidenza, ne' termini del testamento?

» *L' opinione* contraria era sostenuta da una consulta sottoscritta da 31 giureconsulti; eccone l'analisi,

» Il testo della legge, il quale esige il farsi menzione che il testamento è stato scritto dal notajo, è chiaro e preciso: non avvi alcuna ragione per allontanarsene. Quantunque non si comprendessero i motivi che hanno potuto dettare al legislatore una disposizione, non si è perciò dispensato dal sottomettervisi. La legge è un despota, agli ordini del quale è mestieri obbedire; sotto pena di portare un giogo assai più duro, quello cioè dell' arbitrio delle interpretazioni.

» Ma è poi vero che l'art. 972 (897) manchi di motivi? Ve ne sono al contrario in assai gran numero.

» 1. Il legislatore ha voluto assicurarsi che il notajo non si dispenserebbe giammai dallo scrivere le ultime disposizioni del testatore. E perciò, esigendo la menzione che il testamento è stato scritto di sua mano, lo ha collocato nell'alternativa di scrivere egli medesimo, o di commettere una falsità.

» A canto degli usi viziosi che si sono introdotti, e che si mantengono nell' esercizio de' notari, chi non vede tutta la convenienza, tutta la saggezza di tal precauzione? I notari negli atti che firmano debbono vedere le parti che stipulano: alcuni non le vedono. Essi debbono ascoltarle; e dopo avere appreso nelle loro spiegazioni il senso del contratto, lo debbono essi medesimi redigere: alcuni non lo redigono. Eglino debbono essere presenti in numero di due alla redazione degli atti: alcuni al contrario firmano di buona fede. Indarno la legge ha loro imposte tutte queste obbligazioni. Eglino le riconoscono in dritto: in fatto molti non le osservano. Al momento pertanto che la legge era per imporre loro una nuova obbligazione, ove sarebbe la garentia che questa obbligazione sarebbe eseguita meglio di tutte le altre? Ove sarebbe la garentia che lo spirito di abitudine e quella leggerezza naturale allo spirito umano nelle cose che ei fa tutti i giorni, non finissero prevalendo alla parola della legge in questa occasione, come in tutte le altre? Questa garentia il legislatore l' ha ritrovata nella precauzione che ei prende di astringere il notajo a dichiarare, che egli medesimo ha scritto di sua mano il testamento. Il tale notajo, senza precauzione, o in

un momento di sopra carico di travaglio, o perchè strascinato da un altro affare, o perchè trascurato a scrivere egli medesimo il testamento, dopo avere inteso il senso delle disposizioni dettate dal testatore, si lascerebbe indurre nella tentazione di farsi rimpiazzare: ma colla presa precauzione non può più disobbedire alla legge.

» Non si dica che questa assenza del notajo, o questa negligenza di scrivere egli medesimo, non è più a temersi, poichè la legge ordina di scrivere. È vero che la legge gli ordina di scrivere il testamento: ma cosa risulta contro di esso, se un giorno si scopre che la minuta non è di sua mano? Che il testamento è nullo: non già che il notajo sia personalmente a punirsi con una multa. Ma allorchè la legge lo costringe a dichiarare che questa minuta è scritta di sua mano, non è più praticabile la trasgressione; e la leggerezza non è più possibile; perciocchè diverrebbe un delitto. Il notajo non potrà più dispensarsi dallo scrivere, perchè la menzione che egli ha scritto importerebbe contro di lui la pena del falso.

» 2. Un testamento per lo passato non conferiva il possesso al legatario universale. Oggigiorno il legatario universale ha *de plano* l'immediato possesso di tutta l'eredità. Che se la nuova legislazione accorda un dritto così straordinario e così considerevole al legatario universale, evvi motivo di essere sorpreso che ella abbia voluto che il titolo al quale attribuiva siffatte conseguenze, fosse portato al più alto grado di autenticità? Avvi motivo di essere sorpresi d'aver ella esatto che il testamento portasse in se medesimo, e senza bisogno di ricorrere ad operazioni esteriori, come si è una verificazione di periti, la prova che sono state adempite tutte le solennità da lei richieste?

» 3. La legge può avere avuta la intenzione di risparmiare de'litigi a'legatarj. Un erede del sangue, spogliato dalla volontà del testatore, non è che troppo sovente disposto a contrastare il titolo che fa passare fuori delle sue mani l'eredità. Con questa intenzione egli potrebbe negare la scrittura, o anche dichiarare semplicemente che non la conosce, e gettare con ciò il legatario nell'imparazzo e nelle lentezze di una lite, che la lontananza del luogo ove è stato ricevuto il testamento, renderebbe ancora più oneroso in alcuni casi? Esigendosi la menzione del notajo nel testamento d'averlo scritto di sua mano, spariscono tutte queste difficoltà. Gli eredi non hanno più a domandare la prova della scrittura del notajo; poichè questa prova è fatta nel testamento: e questa dichiarazione fa fede fino alla iscrizione in falso, che eglino non oseranno d'intraprendere, a ragione de'danni ed interessi; ed anche de' castighi che possono essere applicati alla folle o calunniosa accusa.

» 4. La legge può ancora aver avuto per oggetto di risparmiare agli eredi di buona fede delle incertezze e de'sospetti che avrebbero potuto indurli ad intentare delle liti mal fondate.

» Vien prodotto un testamento. La legge vuole, sotto pena di nullità, che sia scritto dal notajo. Se questo testamento non fa di ciò parola, ove sarà la loro ragione di credere che il notajo ha adempito al voto della legge? Ove ne troveranno la prova? Come sopra tutto arriveranno a saperlo, se il testamento è stato ricevuto in un luogo rimoto, in una dell' estremità della Francia, in una colonia oltre mare? Degl'indizj raccolti da lungi potranno ingannarli tanto più facilmente, che il loro desiderio sarà per la nullità del testamento. Faranno una lite al legatario; e saranno strascinati a farla, unicamente perchè la menzione che il testamento è scritto dalla mano del notajo, non si troverà inserita nel testamento medesimo. Se al contrario questa menzione vi si trova, sarebbe tanto inconcepibile che un notajo se la permettesse, a rischio d'incorrere la pena de'falsarj, che ciò sarebbe sufficiente per fissare tutte le incertezze degli eredi, e determinarli ad eseguire il testamento.

» 5. Non è impossibile che venga divorato da un incendio l'archivio delle minute di un notajo ovvero che venga smarrita una minuta. Rigettare la necessità della menzione, e l'adempimento delle formalità è un problema: ella ripara anche la disgrazia della perdita della minuta, e rimangono delle prove che sono o non sono state adempite le formalità.

» 6. La menzione esatta rende la falsificazione de' testamenti più impraticabile. Non basterà al falsario di sorprendere ovvero d' imitare la firma del notajo; bisogna che scriva il contesto del testamento, e, per mettersi in grado di approfittare del falso, bisogna che faccia menzione che il notajo lo ha scritto. In tutto questo contesto vi è certamente maggiore facilità di scoprire l'autore del corpo di scrittura, come nella stessa menzione avvi pure abbastanza ragione per assoggettare alle pene del falso quel falsario, che avesse avuta l'arte di sorprendere delle firme al notajo.

» 7. Si potrebbbe pure insistere sulla importanza di non far dipendere troppo l' esistenza de' testamenti dall'arte congetturale, e dalle deciosini sospette de' periti. Il legislatore ha potuto temere che, se la verificazione rimanesse una semplice azione civile, vi sarebbero ben pochi testamenti sottratti all'arbitrio de' periti sopra i quali la corruzione avrebbe tanto più d' influenza e di potere, quanto che la loro decisione, annullando il testamento, non incolperebbe veruno.

» Si oppone a tutto ciò, che allorquando consta d' altronde che la scrittura è quella del notajo, la menzione che il testamento è stato dettato al notajo, importa con se il senso che egli lo ha scritto.

» Si risponde che non è mediante la scrittura sola, e mediante la sua materiale esistenza che il legislatore ha voluto che fosse fatta la prova della esecuzione dell'ordine imposto al notajo di scrivere; perciocchè la scrittura da se sola non dicendo, nè potendo dire di chi ella è, ne segue necessariamente che, se l'atto non innalza la voce per dichiararlo, non vi esiste prova nell'atto dell' identità della scrittura. È dunque mestieri di cercare questa prova altronde; vale a dire, fuori dell' atto, presso i periti verificatori, ed a traverso le lunghezze e le spese di una procedura complicata.

» Non è possibile nemmeno il dire che gli eredi, i quali impugneranno un testamento realmente scritto dal notajo, non potranno ragionevolmente non conoscerne la scrittura. Eccettuata la scrittura degli amici molto intimi, non si conosca quella di alcuno. Per tal motivo, fosse anche un notajo della città, ove dimorano gli eredi, che avesse ricevuto il testamento, in tesi generale eglino non conosceranno la sua scrittura. Se non la contrastano deriverà sempre dall' essersi riportati ad un certificato privato. Ma oltracciò, le leggi non si osservano tra gli abitanti di una sola città: esse sono per l' impero francese; e sicuramente non si esigerà che gli abitanti del continente si riportino ad un certificato privato, sull'identità della scrittura di un notajo delle colonie.

» Si è preteso che la menzione di essere stato letto e riletto il testamento, prova di essersi scritto quale lo ha dettato il testatore: poichè dopo questa doppia lettura ei lo ha firmato senza riclamo.

» Se si considera che una parte de' testamenti si fa al capezzale della morte, e sovente nel momento medesimo in cui il testatore è alle prese colla medesima, ed in cui li suoi organi già in dissoluzione si sottraggono alla sua potestà, si potrà apprezzare il valore di questa lettura fatta ad un agonizzante, e della sua dichiarazione di perseverare nella sua volontà? Questo vano protocollo non potrebbe garentire ed assicurare il legislatore.

» Si è anche studiato di provare che la menzione di essere stato scritto il testamento dal notajo, si trova in quella, che gli è stato dettato. Si è citato il dizionario dell' accademia francese che definisce in tal modo la parola *dettare*:» pronunciare a parola per parola ciò che altri scrive nello stesso tempo. — Esempj: Dettare una lettera al suo segretario. Un reggente che detta un tema a' suoi scolari. »

» È certamente venerabile l' autorità del dizionario dell' accademia francese: ma ciò che è anche più venerabile, è l' autorità della legge.

»Or nell'articolo 972(897), se il testamento è ricevuto da due notari, verrà loro dettato dal testatore, secondo il dizionario dell' accademia, colà avrebbe dovuto arrestarsi la legge; poichè la parola *dettare* significa contemporaneamente emettere una parola dopo l'altra, tutto era terminato nel senso. Non ostante però il legislatore continua, e dice: a» questo dee essere scritto da uno de' detti notari.»»

» Dunque la parola *dettare* non importa l'idea di una persona che scrive. Questo punto è tanto più evidente, quanto che il testamento è dettato a due notari, e scrive uno solo. Avvi dunque uno de'notari cui si detta, e non scrive.

» Con molta ragione la legge ha negato a questa parola il senso della doppia azione: avvegnachè dicendosi, che una persona detta, ne deriva forse che scriva quella persona a cui si detta? Nò certamente. E per circoscriverci nel cerchio degli esempj citati dal dizionario dell'accademia, tutti i giorni un reggente detta un tema ad uno scolaro indocile che non lo scrive. Rigorosamente dunque, e quanto all'azione, il dire di qualcheduno di aver egli dettato ad un altro, non attesta se non di aver dettato colla intenzione che un altro scrivesse. Il notajo è dunque nell' obbligo di aggiungere un'altra menzione. E ciò è quel che ha voluto la legge, conforme alle regole le più vere e le più necessarie della grammatica, allorchè si tratta di un fatto giudiziario.

» Non si dee rispondere a questa obbiezione, consistente nel dire, che la troppa rigoresa applicazione del codice strascinerà la nullità di un gran numero di testamenti.

» Si dee osservare attentamente che tale obbiezione non sia un artificio dell' umore e dell'orgoglio di alcuni pratici ostinati, i quali, in forza del rispetto ad una vecchia pratica da cui non vogliono dipartirsi, preferissero che perisse la legge la più saggia, e di vedere annullati alcuni atti, in cui si sono ostinati a non conoscerla, ec. ec. *Giurisprudenza del cod. civile francese. Tomo* 1. *n.*19.

Un testamento fatto innanzi ad un notaro, e due testimonj, e conseguentemente nullo, può rendersi valido con dichiarazione posteriore, che confermi essersi ricevuta da un notaro in presenza di quattro testimonj, senza la menzione espressa, che il notaro l' ha scritta? Il tribunale di Mons a 9. messidoro anno 11. decise per la negativa.

» *Fatto*. 3. pratile anno 11. testamento di Maria Teresa Demelin, ricevuto dal notajo Vuillam in presenza di due testimonj.

» Nel giorno successivo, essendosi avveduto il notajo che il nuovo codice esigeva l' intervento di quattro testimonj ne' testamenti ricevuti da un solo notajo, credette validare quello della damigellla Demelin, aggiungendo a' piedi di quest' atto una dichiarazione così concepita.

» » Il 4 pratile, la detta damigella Demelin, avendo domandata la comunicazione del suo testamento che precede, ha dichiarato al detto notajo innanzi a' cittadini... (nomi de' quattro testimonj) dopo fatta la lettura alla loro presenza, che in tal modo ella lo aveva fatto e dettato il 3 del corrente, e che lo confermava per quanto era di ragione... » »

» A 6 pratile, muore la testatrice.

» La vedova Vandezelt, instituita ereditiera, vuole impossessarsi della eredità.

» La damigella Maria Augustina Demelin vi si oppone: e pretende che gli atti rappresentati sono nulli, e che dee raccogliere la eredità nella sua qualità di erede *ab intestato*.

» Sia che si consideri ciascuno di questi atti isolatamente, diceva ella, sia che si considerino riuniti e nel loro complesso, non si saprebbe nè si potrebbe scorgervi un testamento valido. Primieramente la nullità dell' atto 3 pratile è fuori di dubbio, poichè è stato ricevuto dal notajo in presenza di due testimonj, in luogo di quattro che esige il codice.

» È del pari evidentissimo che l' atto del 4 pratile non potrebbe esser valido, quantunque abbianvi assistito quattro testimonj: conciossiachè, per soddisfare al voto della legge, non basta che questi sieno stati un istante presenti al testamento: bisogna che abbiano veduto osservarsi tutte le formalità che esige la legge per la validità dell' atto; che ne abbiano sopra tutto inteso dettare le disposizioni. Ora, due de' testimonj che hanno firmato il preteso testamento del 4 pratile, non l' hanno udito pronunciare: si è loro fatta la lettura di un atto passato in loro assenza. Con ciò si è forse soddisfatto alla intenzione della legge? Essa vuole che il testamento sia ricevuto in presenza de' testimonj. Ricevere un testamento, è raccogliere le disposizioni a misura che il testatore le profferisce. Quegli che non ha assistito alla dettatura, non è stato presente al ricevimento del testamento. I testimonj testamentarj son

protettori che la legge ha voluto collocare appresso del testatore, per assicurare la sua indipendenza; sorveglianti che ella ha scelti per isconcertare le intraprese di coloro che volessero abusare della sua debolezza, ed impadronirsi degli ultimi suoi momenti. Se il numero de' testimonj esatto dalla legge non è stato completo, il testamento non ha più il grado di autenticità necessario, nè fa più fede agli occhi della giustizia.

» D'altronde, l'atto del 4 pratile non contiene la menzione di averlo scritto il notajo, e l'art. 972 (897) del codice lo esige. In caso d'inosservanza delle forme testamentarie, l'art. 1001 (*Questo articolo è stato ampliato con l'articolo 927 delle nostre leggi civili*) pronunciava la nullità del testamento. L'atto del 4 pratile dee dunque essere annullato sotto questo nuovo rapporto. (*Veggasi ciò che si è detto nella questione precedente*). Per tal modo resta provato che ciascuno de' due atti è nullo, considerato separatamente. Ora come mai si concepirà che, riuniti, formino un atto valido? Il tutto non può essere di natura diversa da quella delle parti che lo compongono. Si accumulino delle nullità in quel numero che si vorrà, il risultato non potrà produrre giammai un atto legale.

» Infine, la legge del 25 ventoso, anno 11 sul notariato, vuole che gli atti sieno fatti in un solo e medesimo contesto. Questa regola è sopra tutto di rigore nella redazione de' testamenti. Ora, il preteso testamento sarebbe stato fatto, in parte il 3 pratile, in parte il 4. Vi sarebbe dunque evidentemente interruzione; diversione ad altri atti, e per conseguenza nullità manifesta.

» A favore della erede instituita si rispondeva. Il testamento del 4 pratile è perfettamente conforme alle disposizioni del codice: è stato ricevuto da un notajo in presenza di quattro testimonj. Senza ragione si oppone, che due di loro non ne hanno intese le disposizioni. Il codice civile non esige che il testamento sia dettato in presenza di quattro testimonj. L' art. 972 (897) dice soltanto che il testamento dee essere dettato dal testatore, e scritto dal notajo: ma non si parla in alcun modo del bisogno della presenza de' testimonj. Essa non è richiesta che al momento in cui si fa la lettura dell' atto. In fatto questa precauzione non assicura abbastanza la verità del testamento? Si può dubitare che non contenga la volontà del testatore allorchè, dopo la lettura che glie n'è fatta lo firma? Bisogna dunque escludere il motivo che si deduce da ciò, che due de' testimonj non hanno inteso il testatore dettare le ultime sue disposizioni.

» Si oppone ancora che l'atto del 4 pratile non contiene la menzione espressa che il medesimo è stato scritto dal notajo: ma ne fa fede l'atto medesimo. La dichiarazione non sarebbe richiesta che per la prova. Ma la prova è qui fatta tutta dal corpo della stessa scrittura, e dal silenzio della damigella Demelin, che non articola niente contro la verità del fatto.

» È stata male interpretata la legge del 25 ventoso, anno 11, allorchè si è preteso di ordinare che gli atti fossero redatti di seguito e senza alcuna diversione. Questa legge non dice altro, che di dover essere scritti in un solo e medesimo contesto: vale a dire, che non debbono formare che un corpo di cui tutte le parti si legano tra loro, e si seguono immediatamente. Non vi si parla che del materiale dell' istrumento, e delle sue forme esteriori: e ciò risulta chiaramente sì dalla lettura della sezione 2. di questa legge, ove trovasi la disposizione di cui si prevale, sì dall' oggetto stesso del legislatore, il quale non ha avuto in vista che l'organizzazione del notariato. Sarebbe in fatti troppo assurdo il pretendere che tutti gli atti, di qualsivoglia natura sieno, debbono esser fatti di seguito e senza interruzione. Che alcuni testamenti sono soggetti a questo modo di procedere, è facile di concepirne la ragione. Ma che un atto di vendita, che un affitto di un podere o di una casa non possano essere fatti in due riprese, che la firma di una delle parti non possa essere fatta qualche tempo dopo che ha firmato l'altra, questo è quello che è impossibile ad ammettere; questo è ciò che non saprebbe nè potrebbe giustificare alcuna ragione. Ciò non ostante tale è la conseguenza che risulterebbe dalla interpretazione che si vuol dare all' articolo citato: perciocchè la sua disposizione non è relativa

a' soli testamenti, ma a tutti gli atti in generale.

» Nel rimanente, non già nella legge sul notariato debbonsi cercare le regole che determinano le forme del testamento, ma nell' art. 792 del codice, il quale si occupa direttamente di quest' oggetto. Ora quest' articolo non esige che il testamento sia fatto continuamente, e senza divertire ad altri atti: le disposizioni della damigella Demelin debbono dunque essere eseguite.

» Il tribunale, visti gli articoli 971 e 972 (896. 897) del codice.

» Attesochè gli atti de' 3 e 4 pratile di cui si tratta, sono distinti e separati l' uno dall' altro.

» Attesochè niuno di loro in particolare è rivestito delle forme volute dalla legge pe' testamenti: poichè quello del 3 pratile non è stato ricevuto che da un notajo e da due testimonj, e quello del 4 non contiene la menzione espressa che è scritto dal notajo.

» Considerando, che queste formalità sono richieste dall'art. 1001 sotto pena di nullità, aggiudica alla damigella Demelin le sue domande; conseguentemente dichiara nullo il testamento di cui si tratta. ec. »

Impugnata questa sentenza con appello presso la corte di appello di Brusselles venne confermata a 28 nevoso anno 12.

» *Fatto*. Maria Teresa Demelin fece un testamento imperfetto, che l' indomani ella volle render valido coll' adempiere le formalità precedentemente ammesse.

» Dopo la di lei morte, il testamento e l' atto che lo aveva seguito, furono dichiarati nulli.

» L' erede testamentaria sosteneva in appello che confrontando i due atti de' 3 e 4 pratile, scorgevasi una disposizione *causa mortis* esattamente conforme al testo ed allo spirito della legge. La testatrice dettò le sue intenzioni, un notajo le scrisse, quattro testimonj le intesero, e tutti sottoscrissero l' atto: sotto questi diversi rapporti la critica più severa non trova verun appoggio, e quindi dee essere pienamente eseguito.

» È un grande errore il credere che un testamento sia nullo per essere stato ricevuto in diverse riprese. Scorrasi il capo delle disposizioni testamentarie, e si vedrà che il solo articolo 976 (901) prescrive di stendere seguitamente il processo verbale di sottoscrizione, e senza deviare ad altri atti; ma questo articolo, unicamente ristretto a' testamenti mistici o segreti, è una eccezione, e non fa che vieppiù confermare la regola generale.

» Obbiettasi se il codice non impone a' notari l' obbligo di ricevere gli atti di un solo contesto, gli astringe però formalmente la legge del 25 ventoso, anno 11, sez. 2, art. 13.

» Facil cosa è il convincersi che con quelle parole, *un solo contesto*, sì fatta legge non impedisce di ricevere gli atti in due riprese. Essa vieta soltanto di farvi entrare veruna disposizione estranea alla materia del contratto, e vuole che tutte le clausole dello stess' atto si leghino, s' incatenino, nè sieno per veruna guisa disgiunte da qualsivoglia convenzione.

» In un testamento pubblico, per esempio, l' unità del contesto non esisterebbe giammai se il testatore inserisse in mezzo all' atto un affitto, una vendita, una donazione tra vivi a favor di uno de' testimonj: ma così fatto testamento non sarebbe nullo per mancanza d' unità di cotesto qualora in mezzo all' atto il testatore, il notajo, ed i testimoni avessero l' attenzione rivolta ad altri affari disparati, e che in seguito si fossero riuniti per continuare le disposizioni precedentemente già cominciate. Con più di ragione il testamento di cui trattasi, cominciato già e terminato il 3 pratile è valido, tuttocchè l' indomani il notajo v' abbia aggiunta una formalità omessa.

» Per lo che rescindendo gratuitamente le disposizioni dello stesso atto, e decidendo esservi due testamenti nelle diverse clausole di cui è composto quello di Maria Teresa Demelin, i giudici di Mons hanno apertamente violato il codice civile.

» Lo violaron del pari col dichiarar nullo il testamento in questione, sotto il pretesto che non contiene la menzione espressa di averlo steso il notajo.

» Ad oggetto di risponderví, la convenuta Agostina Demelin persisteva a sostenere che le disposizioni di ultima volontà di sua

zia costituiscono due testamenti distinti, e ciascheduno di essi è evidentemente nullo. Supponendo che tali disposizioni non formano che un solo testamento, non sarebbe però meno vizioso, come mancante della menzione della scrittura del notajo; mercecchè una tale menzione è imperiosamente voluta dalla legge medesima.

» Tutt' i mezzi di prova da essa prodotti si trovano analizzati nel giudicato solenne che pose termine a così lunga discussione.

» Il tribunale,

» Atteso che i termini del codice art. 972. »» Se non vi è che un solo notajo dee egualmente essere dettato dal testatore e scritto da questo notajo... di tutto ciò si dee fare espressa menzione »» dinotano che il legislatore ha imperiosamente voluto, che fosse espresso nel testamento, che tanto la dettatura è stata fatta dal testatore, quanto che l' atto è stato scritto per mano di notajo;

» Che, prescindendo dal non essere sempre necessario d' investigare la ragione per cui determinossi il legislatore a fare la tale o tal legge, nel caso presente la menzione di essersi scritto il testamento dal notajo che lo riceve, non era tanto indifferente nella intenzione del legislatore; e che senza questa menzione la di lui volontà, la quale esige che l' atto stesso da per se sola debbe esprimere tutto ciò ch' ei prescrive ad oggetto di garantire da ogni sorpresa l'ultima volontà degli uomini, non sarebbe adempita; poichè, prescindendo pure dalla difficoltà ognora esistente di provare che uno scritto sia stesò di mano del notajo, questa pruova sarebbe impossibile nel caso che si smarrisse l'atto originale, non potendovi supplire veruna copia ancorchè autentica e solenne.

» Che d' antronde l' idea di dettare non suppone necessariamente l' idea di una scrittura simultanea, in guisa che nel senso della legge il precetto di far menzione della scrittura del notajo non è certamente un pleonasmo;

» Atteso che, se si riguardano gli atti de' 3 e 4 pratile come un sol atto, o come due atti distinti, il processo verbale delle solennità non essendo proprio che di quell' atto di cui fa parte, sarà sempre vero che non è fatta menzione di essere stato scritto il testamento per la mano del notajo, essendosi del tutto omessa sì fatta menzione nell' atto del 4 pratile,

» Dichiara ch' è stato ben giudicato; e male appellato: ordina che la sentenza appellata abbia il suo pieno ed intiero effetto.»

Un testamento dee sotto pena di nullità contenere la menzione espressa di essere stato dettato dal testatore al notaro? Una tale formalità è bastevolemente adempita per mezzo di termini equipollenti? Dalla corte di appello di Torino a 14 fruttidoro anno 12 fu deciso negativamente.

» *Fatto*. Li 13 messidoro, anno 11, (sotto l'impero del codice civile) Martino Rolando fa testamento davanti il notaro Clara.

» Viene steso in lingua italiana.

» Il notaro dice: » che Martino Rolando, sano di mente, tuttochè infermo di corpo a cagione di lunga malattia, si è trovato presente davanti a lui, ed i sette testimonj ivi nominati; che volendo fare il suo testamento, egli ordina e vuole in primo luogo, ec.

» . . . Ch' egli istitisce e nomina di sua propria bocca, erede particolare, ec.

» . . . Che in tutti gli altri suoi beni, egli nomina parimente di sua propria bocca, eredi universali, ec. »

» L' atto termina colle seguenti parole: » questo è quanto Martino Rolando ha detto, e dice essere l'ultima sua valontà, che intende e vuole che venga eseguita in tutte le sue parti: ed io notaro rogato, hò ricevuto il presente, il quale fattane previa lettura al testatore, ed ai testimonj in modo ch' essi hanno potuto intenderlo, fu sottoscritto da tutti, e da me notaro. »

» Seguono le sottoscrizioni del testatore e de' testimonj, dopo le quali il notaro dichiara di avere stesa di propria mano la minuta, ed ha sottoscritto.

» Tre giorni dopo il testatore muore.

» Istanza di nullità di testamento per parte di una delle figlie di Martino Rolando, fondata 1. sul non essere stato dettato dal testatore al notaro in presenza de' testimonj; 2. sul non aver fatta il notajo espressa menzione di tal dettatura, ad onta che il codice civile abbia richieste simili formalità, sotto pena di nullità.

» Ai 24 fiorile, anno 12, sentenza del tribunale civile di Torino, che pronuncia la nullità del testamento.

» Appellazione da sì fatta sentenza.

» Da una parte e dall'altra si esponevano le ragioni ed i motivi relativamente alla mancanza di menzione della scrittura, da cui si argomentava per analogia.

» L'appellante aggiungeva essere sufficiente per la validità del testamento, che le formalità richieste sieno per equipollenza adempite.

» Che il notaro ha attestato avere il testatore medesimo fatte le dichiarazioni inseritevi.

» Che l'atto prova che il testatore aveva nominati di propria bocca i suoi eredi.

» Che alla fine dell'atto trovasi la menzione della dichiarazione da esso fatta in presenza de' testimonj, cioè di essere stato scritto dal notaro.

» Che il testatore ha detto: esser quella l'ultima sua volontà;

» Che il verbo *dire* è sinonimo del verbo *dettare*;

» Che se si prendesse un tal vocabolo nel senso che il notaro dovesse scrivere parola per parola ciò che detta il testatore, la maggior parte degli abitanti de' paesi, ove si parlano degli idiomi vernacoli, e che non sanno dettare in buon francese, o buon italiano, si troverebbero privi della facoltà di testare; il che non fu certamente nella intenzione del legislatore.

» Sussidiariamente l'appellante conchiuse che fossero uditi i testimonj per attestare, 1. Che il notaro ha scrupolosamente scritto in italiano quello che il testatore ha espresso e detto in vernacolo piemontese;

» 2. Che ogni disposizione fu atesa dal notaro, come ed appena gli è stata dettata e manifestata a viva voce dal testatore.

» 3. Che il tutto fu confermato dal testatore, dopo la lettura che glie ne fece il notaro, come pure ai testimonj.

» I luminosi e già sviluppati motivi della decisione seguente contengono la risposta a tutti questi argomenti.

» La corte,

» Visti gli articoli 971, 972, 973, 974, 978, 979 e 1001 (896. 897. 898. 899 903. 904 e 927. *ampliato*) del codice civile.

» Considerando che in una materia sì importante qual'è quella de' testamenti, le forme furono sempre di rigore in tutte le legislazioni;

» Che quando i termini di una legge son chiari, fa d'uopo conformavisi letteralmente, quando anco derivarne potesse qualche inconveniente in certi casi particolari, massime quando la esecuzione letterale è veramente secondo lo spirito di una legge, il di cui scopo è quello di riparare a degli incovenienti più gravi;

» Che se potesse esser permessa qualche interpetrazione della legge della quale si tratta, si dovrebbe limitarla al caso in cui un testamento racchiudesse delle espressioni, la di cui conseguenza immediata ed assolutamente necessaria fosse l'esatto adempimento delle formalità.

» Che la legge vuole imperiosamente, sotto pena di nullità, non solo che il testamento venga dettato dal testatore e scritto dal notaro tal quale è dettato; ma che sia fatto di tutto espressa menzione;

» Che il vero spirito di questa legge tende a provare nel modo il più certo, che il testamento racchiude la verace volontà del testatore, ad assicurarsi dello stato di sue facoltà intellettuali, e ad eliminare le frodi: che dee risultare che il testatore ha dettato il testamento, e che il notaro lo ha scritto, dalla menzione espressa inserita nel testamento, e non da verun' altra specie di prova;

» Che un notaro potrebbe tutto al più essere dispensato dall'impiegare i verbi *dettare* e *scrivere* solamente, col sostituire ad essi nel testamento degli altri vocaboli che fossero perfettamente sinonimi.

» Che gl'inconvenienti dall'appellante obbiettati svaniscono, qualora si osservi e rifletta che sebbene il verbo *dettare*, nel suo significato più rigoroso, sembri esigere che il notaro scriva parola per parola quello che il testatore pronuncia, tuttavia lo scopo della legge può essere bastantemente adempito ogni qual volta il notaro scriva in lingua francese o italiana (l'uso della quale era permesso nella ventisettesima divisione militare, all'epoca del testamento in quistione), le parole cui il testatore pronuncia nel dialetto vernacolo

del paese, giacchè in questo caso è sempre vero il dire, che il testamento fu dettato dal testatore; che adottando questo senso della legge, ogni uomo di mediocre intelligenza e che ha l'uso della parola, in qualunque parte del territorio francese ch'egli abiti, potrà fare un testamento per atto pubblico; laddove se s'intendesse la legge in un senso più rigido, i cittadini che non sanno parlare la lingua francese o italiana, e che non sanno leggere nè scrivere, si troverebbero privi della facoltà di testare, nè pare di certo che questa sia stata del legislatore la mente.

» Che applicando queste massime al caso, il notaro ha bensì espresso ch'egli avea stesa di propria mano la minuta del testamento, ma punto non disse che le disposizioni ivi contenute gli fossero state dal testatore dettate alla presenza de' testimonj.

» Che neppure apparisce che la dichiarazione di avere scritto di propria mano, parimente voluta dalla legge, sia stata fatta in presenza de'testimonj; perciocchè dessa è posta dopo la lettura del testamento fatta al testatore ed ai testimonj; anzi dopo la sottoscrizione di questi;

» Che il notaro non ha tampoco supplito alla menzione espressa dalla legge prescritta, narrando istoricamente che il testatore avea dichiarato ed ordinato la tale e tal' altra cosa; massime se si osserva che non è il testatore che parla in prima persona, ma il solo notajo; ond'è che quest' ultimo può bensì essere riguardato come il compilatore degli estremi voleri del testatore, ma non già come uno scrittore, che li ha stesi sotto la dettatura del testatore;

» Che la sola disposizione cui il notaro pose in bocca del testatore, concerne la nomina degli eredi universali; ma che trattandosi di un testamento contenente parecchie altre disposizioni, non basta che la espressione di erede universale sia pronunciata dal testatore, ma la disposizione intiera che lo concerne; e tutte le altre, delle quali il testamento è composto debbono esserlo egualmente, e se ne deve fare la espressa menzione.

» Che il verbo *dettare* suppone necessariamente che il testatore parli il primo, e che il notajo scriva dopo che quegli ha parlato; ma che nel caso risulta essersi fatto lecito il notaro di fare degl'interrogatorj al testatore, chiedendogli s'ei voleva o no fare de' pii legati; che per ultimo le parole messe alla fine dell'atto, *il testatore ha detto e dice esser questi i suoi estremi voleri*, non possono validamente rimpiazzare la menzione espressa della dettatura; prima, perchè queste parole *ha detto e dice* riferendosi alla narrazione storica precedentemente fatta dal notajo, non possono avere più forza di quello che abbia questa stessa narrazione, la quale, come più sopra si è veduto, non suppone necessariamente che il testatore abbia dettato ciò che il notaro racconta; indi perchè nel caso attuale, le parole *ha detto e dice* non sono poste in principio del testamento; per esempio *il testatore ha detto, e dice quanto segue.* Espressioni che unite alla menzione espressa fatta dal notajo, di avere stesa di propria mano la minuta (se però questa menzione è stata fatta in presenza del testatore e de' testimonj, come lo prescrive la legge) equivarrebbero forse alla menzione espressa di avere scritto sotto la dettatura; ma che le suddette parole *ha detto e dice* scontrandosi alla fine del testamento, non possono in alcun modo esser prese per sinonimi delle altre *ha dettato*, giacchè altro non significano fuorchè il testatore approva, non già quel che ha dettato, ma ciò che ha steso il notajo.

» Che da tali considerazioni n'emerge il testamento in questione esser nullo.

» Senza avere riguardo agli articoli dedotti in fatto dall'appellante, dice essere stato bene giudicato colla sentenza, da cui vi è appellazione. »

Nella corte d'appello di Brusselles si esaminò il caso se le disposizioni di un testamento sottoscritte dal notaro in terza persona provano non essere state dettate dal testatore? A 3 fruttidoro anno 12 si decise per la negativa.

» *Fatto.* Martino Remacx, aveva sposata nel 1782 Anna Caterina Meens.

» Il 3 ventoso, anno 12, egli fa un testamento solenne, col quale fa donazione della maggior parte de' suoi beni a sua moglie.

» Convien rimarcare, 1. che in questo testamento tutte le disposizioni sono scritte in terza persona; 2. che il notaro, dopo avere parlato de' testimonj, aggiunge, *e fatta lettura ad essi*, *ec.*

» Nello stesso giorno, Ramacx muore senza posterità. Anna Margherita Ramacx, erede presuntiva, ed Enrico Aerts suo marito impugnano il testamento, e pretendono di conseguire l'eredità.

» Essi si fondano, 1. sul non avere il testatore dettato da se medesimo il testamento ne' termini in cui è scritto.

» 2. Sul non essersi fatta menzione dell' atto che lo stesso fu letto al testatore, in presenza de' testimonj.

» La vedova Ramacx rispondeva,

» Che il testamento non conteneva alcuno di questi vizj;

» Che se anco fosse nullo, ad essa spettava il raccorre l'eredità; e ciò a termini dello statuto locale, sulla cui fede essa aveva contratto il suo matrimonio.

» Il tribunale civile di Lovanio con sua sentenza del 16 pratile, anno 12, dichiara valido il testamento.

» I conjugi Aerts interpongono appellazione da questa sentenza.

» È evidente, dicevan' essi, che l'art. 972 del codice è stato violato. Esso vuole che un testamento sia scritto ne' termini stessi e tal quale viene dettato dal testatore. Esige altresì che ne sia fatta lettura al testatore, in presenza de' testimonj, ed il tutto sotto pena di nullità.

» Quivi lo scritto non è punto conforme al dettato dal testatore. Una prova infallibile di questo fatto si è che le disposizioni dell' atto son concepite ed espresse in terza persona. Un uomo che parla da se medesimo, che detta le sue volontà, adopera la locuzione, *io voglio*, *io lego*, *io dono*, *io instituisco*, *ec.* Qualora se ne trovi un'altra nell' atto, tutto fa credere non essere stato il testatore che ha dettato, anzi i termini stessi indicano, che la disposizione è stata fatta da una persona estranea.

» Il perchè la costruzione impiegata nel testamento in quistione prova esser desso intieramente l' opera del notaro, senza che il testatore l' abbia in alcun modo dettato.

» Da un' altra parte la disposizione del codice che vuole che ne sia fatta lettura al testatore, in presenza de' testimonj, non è stata neppure osservata. Il notaro non parla che de' testimonj, ed aggiunge, *dopo la lettura ad essi fatta*; donde è forza conchiudere che l' atto è stato letto ad essi soltanto, ovvero che se lo fu al testatore, ciò non poteva essere altrimenti che mediante una seconda lettura individuale, ma non alla presenza de' testimonj, come lo prescrive la legge.

» L'appellata rispondeva alla prima obbiezione: essere indifferente che il testatore impieghi piuttosto quella che questa versione e costruzione, purchè esprima la sua volontà; che importa pochissimo ch' ei parli in prima od in terza persona. La sola condizione richiesta si è ch'egli manifesti le sue intenzioni. D'altronde l'atto medesimo attesta che il testatore *ha dettato*; sì fatta dichiarazione deve far fede sino a che non si provi il falso.

» Ella rispondeva così alla seconda: che il notaro aveva bastevolmente espresso, che la lettura era stata fatta al testatore in presenza de' testimonj, imperciocchè appena dopo di aver dichiarato che i testimonj erano presenti, egli aggiugne, *dopo la lettura ad essi fatta*: che il determinativo *ad essi* non si riferisce unicamente a' testimonj, ma eziandio agl' individui precedentemente nominati; e per conseguenza sì al testatore che a' testimonj: che lo stesso notajo si era in questo senso spiegato, allorchè ei disse immediatamente dopo, *richiesto s' egli presente*, *ed i testimonj sapevano sottoscrivere*.

» Che non è possibile d' immaginarsi che il notajo abbia fatto più letture individuali del testamento; essendo quest' atto di uno stesso contesto, ed essendo i testimonj stati presenti dal principio sino alla fine, leggendolo ad uno, ha dovuto necessariamente esser inteso da tutti.

» Che d' altronde l' idea di parecchie letture individuali viene distrutta da quelle parole dell' atto, impiegate *nella singolare lettura* che ne fu fatta: che quindi è provato che una sola lettura ebbe luogo; tanto più che una simile dichiarazione si trova in seguito a quella che riguarda la presenza de' testimonj presi in termini collettivi.

» Che finalmente, la legge non avendo prescritta alcuna formola di giuramento, ha lasciata la più grande estensione riguardo alla scelta de' termini. La sola cosa prescritta è quella di adempiere le formalità; poco importando che si sia impiegata piuttosto quella che questa espressione.

» La corte

» Sopra le conclusioni conformi di M. Beyts, procurator generale:

» Atteso che l'atto prodotto fa espressa menzione d'essere stato dettato dal testatore: che niente pregiudica che la disposizione sia fatta in terza persona, non essendovi alcun articolo di legge che lo vieti: che d'altronde si dee prestar fede all'atto ogni qual volta non si provi il contrario: ciò che non poteva farsi altrimenti che mediante un'accusa di falso.

» Atteso che l'atto contiene esserne stata fatta lettera a' testimoni presenti: che questa presenza è relativa soltanto a ciò che precede, ch' era in sostanza la dichiarazione fatta dal testatore, cioè che la sua disposizione era tale quale avevala espressa, e che intendeva che fosse eseguita.

» Che però l'atto porta esserne realmente fatta lettura al testatore medesimo: che d'altronde il vocabolo *ad essi* nella frase usitata, *fatta ad essi lettura*, non è solamente relativa a' testimonj immediatamente nominati, ma si riferisce altresì a tutti quelli ch' erano presenti all'atto; quindi a colui che in esso vien designato, come comparente, cioè il testatore.

» Atteso che espressamente è menzionato nell'atto che se n'è fatta lettura al testatore, in presenza de' testimonj, perciocchè se fatta se ne fosse più d'una lettura al solo testatore, oppure a qualche testimonio, o a ciascheduno di essi isolatamente, il notaro non avrebbe potuto servirsi del vocabolo *lettura*, (*voorlesinge*) ma avrebbe dovuto servirsi del plurale (*voorlesingen*).

» Per conseguenza, essendo perfettamente espresso, che la lettura è stata fatta al testatore, nè potendovi essere alcun dubbio ch' ella sia stata fatta egualmente a' testimonj; anzi essendo stata fatta una sola lettura, è chiaro che ne fu fatta lettura al testatore, presenti i testimonj nominati.

» Quindi, che le solennità prescritte dal codice sono state osservate.

» Dichiara essere stato ben giudicato, ec. »

Fu questione nella corte imperiale di Bruselles se i testimoni di un testamento debbon intendere la lingua del testatore. Si sostenne la negativa con decisione de' 9 gennaro 1813.

» *Fatto.* A 21 marzo Martino Maes fece il suo testamento per atto pubblico. Dopo la sua morte gli eredi legittimi dimandarono la nullità del testamento sotto il pretesto, che i testimonj istromentarj non intendevano il francese - I legatarj risposero, che nessuna legge esige sotto pena di nullità, che i testimonj intendano la lingua nella quale sono scritte le disposizioni del testatore.

» Il tribunale civile d'Audenarde con sua sentenza annullò il testamento; » Attesocchè la mancanza di conoscenza de' testimonj dell' idioma, in cui è scritto il testamento. »

» Si produsse appello per parte de' legatarj (Corneil Geman e compagni) ... Essi sostennero, che la facoltà d' intervenire come testimonio nè testamenti è una specie di libertà naturale accordata a tutti coloro, a cui la legge non l' ha espressamente ricusata - I legatarj si appoggiarono all' autorità di Riccard nel suo trattato delle donazioni, 1. part. cap. 5. sez. 3. n. 1353, ed a quella del signor Merlin nel repertorio di giurisprudenza, *v. testimonio istromentario*, §. 2. n. 3. - Aggiunsero che le leggi non ributtano la testimonianza di coloro, che non intendono la lingua del testatore; d'onde conchiudevano, che tali testimonj non essendo nel numero delle persone formalmente rigettate, doveano per questo solo fatto esser riputati capaci.

» I legatarj in maggior sostegno del loro sistema citarono il disposto della *L.* 20 §. 9 *D. qui testamenta facere possunt*, e l'autorità di Voet sul *D. lib.* 28. *tit.* 1. *n.* 6. Particolarmente poi si fondarono sull'art. 980 (906) del cod. civ. il quale relativamente a' testimonj che si ricevano ne' testamenti si limita ad esigere, che siano maschi, di età maggiore, sudditi dell' imperadore, e che godono de' dritti civili, e non dice affatto ch' essi debbono intendere la lingua del testatore.

» Gli eredi legittimi (i signori Henderickx) risposero allegando ciò, che dice Merlin nel suo repertorio (v. *testimonio istrumentario* §. 3. n. 3.): » È egli necessario che i testimonj istrumentarj intendano la lingua, nella quale sono scritte le disposizioni del testamento ? » La legge 20, §. 9, *D. qui testamenta facere possunt*, decide di nò. *Non tamen*, essa dice, *intelligentiam sermonis exigimus*. Furgole, cap. 3, sez. 1, n. 8 restringe questa disposizione al testamento mistico: imperciocchè (sono le sue parole) dev' essere altrimenti del testamento nuncupativo, per la validità del quale è necessario, che il testimone intenda la volontà del testatore dalla sua propria bocca; e ciò forma l'essenza della disposiziche, secondo la legge 21, §. 2, e la *L. 1. C. de testamentis*. Ricard, part. 1, n. 1603, dice lo stesso; e venendo all'applicazione che se ne deve fare tra noi si esprime in questi termini. » Se dunque il dritto romano ha permesso che i testimonj i quali ignoravano la lingua, in cui era conceputo il testamento, vi fossero nulladimeno validamente adoperati, ciò non fu se non quando essi non erano nell' obbligo di sapere ciocchè nel testamento si contenesse; così i nostri costumi avendo voluto per la perfezione del testamento, ch' essi siano dettati dal testatore, e ad essi letti e riletti da notari, o incaricati, i quali li ricevono in presenza de' testimonj, di maniera, che questi sono per così dire i censori di totto ciò, che si opra su tale affare, e perciò è evidente, che non possono disimpegnare l'oggetto, pel quale il costume ricerca, che erano chiamati, se non intendono le disposizioni comprese nel testamento, perchè altrimenti non potrebbero vedere se il notaro lo ha redatto, lo ha letto, e riletto secondochè il testatore lo ha dettato, e quindi io non dubito, che non sia necessario per la sollennità de' nostri testamenti, che i testimonj, che vi si ricercano intendano la lingua nella quale essi sono fatti. . . . . »

» Il signor Vanderfosse avvocato generale, ragionò nel senso degli eredi legittimi, e della nullità del testamento. Si poggiò sull' opinione del signor Maleville sull'articolo 972 cod. civ. e del signor Grenier, nel suo trattato delle donazioni, e de' testamenti n. 255 dell' ediz. in 8.

» *Decisione* - (dopo la divisione.) La causa avendo dato luogo alla seguente questione:

» Un testatore che sa la lingua francese, avendo dettato in francese il suo testamento ad un notajo egualmente istruito in questa lingua,

» Questo testamento essendo stato scritto, ed anticipatamente letto al testatore in francese dal notajo,

» Il tutto in presenza di quattro persone maggiori di età, sudditi dell' imperadore, e che godono de' dritti civili, chiamativi come testimonj, ma contro de' quali il reo convenuto oppone, che non comprendono la lingua francese,

» E senzachè il testamento faccia menzione che ne sia stata fatta spiegazione, o lettura in lingua fiamminga, ch'era quella de' quattro testimonj;

» Questo testamento è egli valido, o almeno prima di dichiararlo tale, bisogna sulla quistione di fatto informarsi sia per mezzo delle confessioni dell'appellante se ve ne sono, sia in ogni altra maniera, se i quattro testimonj intendevano, o no la lingua francese, e per quanto ciascuno di essi ne fosse istituita ? »

» Considerando in primo luogo, e sulla quistione di dritto, che le sollennità, e le forme essenziali de' testamenti sono eslusivamente determinate dal cod. civ.

» Che oè l'art. 980(906) del detto cod. che parla della qualità de' testimonj, alcun altro articolo ricerca formalmente altre condizioni ne' testimonj ricercati per esservi presenti, che quelle di esser maschi, maggiori, sudditi dell' imperadore, e che godono de' dritti civili, e d' onde siegue che la condizione, che i testimonj sappiano la lingua nella quale il testamento è dettato, è scritto, ed è letto, non è esplicitamente richiesta;

» Che in tale fatto il testatore, ed il notajo conoscevano la lingua, nella quale il primo, lo ha dettato, ed il secondo lo ha scritto, e nella quale il notajo lo ha letto al testatore in presenza de' testimonj, e tutto ciò, priachè il testatore lo avesse firmato, lo

che egualmente fu fatto alla loro presenza;

» Che per poter sostenere (come fa il reo convenuto) che ne' testimonj la cooscenza della lingua, nella quale è scritto il testamento, fosse implicitamente esatta dal codice, solamente perchè gli articoli 971, 974, e 980 (896.900. e 904) gli chiamano *testimonj*, bisognerebbe che prima si potesse sicuramente stabilire di esser cosa necessaria, che i testimonj possono attestare (come ne' testamenti nuncupativi de' romani) qual' è il contenuto delle disposizioni testameotarie, ed a che si estendano, non bastando che siano testimonj della materiale sollennità dell' atto, e dell'adempimento di tutte le formalità essenziali; ciocchè non si è dimostrato, nè stabilito dal reo convenuto.

» Che al contrario l' art. 972 (875) non dice, che la lettura dev' esser fatta a' testimoni dal notajo, ma che deve esserne fatta da questo lettura al testatore in presenza de' testimonj.

» Considerando in secondo luogo, che per dire che Martino Maes, e non un' altro ha dettato al notajo Declerq l' atto firmato da quattro testimoni; che questo notajo, e non altri ha scritto quest' atto sotto la dettatura di Maes, e che il medesimo notajo glie ne ha dato lettura in presenza di essi testimoni, non è d' uopo che questi intendano la lingua, nella quale sono scritte le disposizioni dell' atto, nè sappiano precisamente io che esse consistono;

» Atteso, che il reo convenuto non si duole che sia stata omessa alcuna di queste forme, e sollennità; o che se egli avesse attaccato di falso il testamento, i testimoni benchè non sapessero la lingua francese, pur tuttavia potrebbero attestare queste omissioni: d'onde segue che la iscrizione in falso non è affatto resa impossibile al reo convenuto: questa considerazione da un altra parte, allorchè è spinta molto avanti, non può motivare la introduzione di nuove nullità, non scritte nella legge siccome è stato qui già deciso: ricorso a Winants, decisione 174;

» Atteso che il confronto fatto dal reo convenuto de' testimoni che ignorano la lingua in cui è scritto il testamento co' sordi, e co' ciechi non è esatto; imperciocchè i sordi non possono sentire se il notajo fa al testatore la lettura dell' atto, ed i ciechi non possono vedere nè certificare, che il testatore, e non altri è innanzi al notajo; due formalità essenziali nè testamenti: adunque nè i sordi, nè i ciechi possono esser testimoni; ma le medesime circostanze non han luogo relativamente alle forme esteriori dell' atto riguardo a' testimoni, de' quali nel presente caso si tratta.

» Considerando in terzo luogo, e sussidiariamente nel dritto romano, che se in seguito del silenzio del codice civile sulla necessità della conoscenza de' testimonj della lingua, nella quale il testamento è scritto, ed in seguito dell' art. 46 dell' ordinanza del 1835 bisognasse risolvere secondo le leggi romane la difficoltà che si presenta, sarebbe d' uopo ancora questo caso accidentale deciderla piuttosto secondo la *L.* 20 §. 9 *D. Qui test. fac. poss.* (legge che consacra il principio generale della materia, e che tratta *ex professo* delle condizioni richieste nè testimoni testamentarj) che secondo le tre leggi 8. *Cod. qui test. fac. poss.* 21, e 31. *Cod. de test. et quemadmodum testamenta ordinantur*, queste ultime non essendo che tre leggi di eccezione al principio generale, emanate per tre particolari specie di testamenti, ciocchè impedisce di generalizzare queste ultime leggi contro il principio generale enunciato da Ulpiano *L.* 20. §. 9. e stabilito da Giustiniano nelle pandette non come un semplice rescritto per uo particolare caso (benchè tale ne sia stata l'origine) ma come un principio generale di romana giurisprudenza.

» Considerando, per ciò che riguarda gl' inconvenienti, che il reo convenuto deduce dall' ignoranza della lingua ne' testimonj testamentarj, se non si esige tale conoscenza, per ciò, che riguarda gl' inconvenienti, che in senso contrario l' appellante deduce dal sistema contrario, se si esigesse da essi con più o meno rigore questa conoscenza sotto pena di nullità, che tali discussioni sono della giurisdizione della legislazione, e che la iniziativa su di quella appartiene al consiglio di stato; che il dovere del magistrato è di applicare le leggi come sono emanate, e non giudicarle, o credersi più saggio di esse.

» Per siffatte considerazioni, la corte terminando la divisione pronunziata con sua decisione de' 22 agosto 1812, annulla la sentenza di cui è appello, e facendo dritto dichiara i rei convenuti mal fondati nelle loro conclusioni fatte in prima istanza, li condanna alle spese de' due giudizj, ed ordina la restituzione della multa. «

Nella corte di cassazione di Parigi si esaminò poi il caso se la menzione della lettura intera del testamento dee comprendere espressamente anche quella delle chiamate, e delle sovraimposizioni? A 19 aprile 1809 fu deciso negativamente.

» *Fatto*. Il 14 gennaro 1807, Ignazio Crosa fa un testamento col quale, dopo aver legato degli oggetti di poco valore al suo chirurgo e alla sua cameriera, istituisce il signor Dauesy suo erede universale. - Dopo avere espresso questa istituzione, il notajo aggiunge: » Ho ricevuto il presente testamento del testatore, che ho letto a chiara ed intelligibile voce al detto signor Ignazio Crosa, testatore, in presenza de' testimonj. « Appiè di queste parole si trova una disposizione così concepita. » E prima della stipulazione del detto atto, e senza deviare ad altri atti, io testatore infrascritto lego alla signor Maria Carnusso trentasei lire sua vita naturale durante, da pagarsi alla stessa dal mio erede, ciascun anno come sopra. « - Dopo la morte del testatore, Luigi Crosa, suo fratello, domanda la nullità di questo testamento, e si fonda sull' articolo 972 (897) del codice civile. Con questo articolo, egli dice, il legislatore vuole che il testamento sia letto al testatore in presenza de' testimonj, e che sia fatta menzione espressa di questa lettura. Ora nel testamento in quistione esiste una disposizione che non è stata letta a mio fratello; e da ciò segue che non solamente questa disposizione è nulla, ma che la sua nullità vizia il testamento intiero, perchè un testamento è un atto indivisibile: nullo in una delle parti, non può esser valido nelle altre. Bisogna che sussista o che sia annullato in tutto.

» Il tribunal civile di Pignerol rigetta questo argomento, e dichiara il testamento valido. - Atteso che la menzione della lettura apposta avanti alla disposizione addizionale abbraccia questa stessa disposizione, poichè questa menzione riguarda il testamento e per conseguenza tutte le sue parti; che, quando anche la menzione della lettura fosse stata fatta dopo l' addizione, essa avrebbe sempre preceduto il fatto della lettura, egualmente che la menzione della sottoscrizione del testatore e de' testimonj è fatta quando nè il testatore nè i testimonj non hanno ancora sottoscritto, poichè dopo la sottoscrizione non si può niente aggiungere al testamento, neppure la menzione della sottoscrizione; che in fatti il notajo fa menzione della lettura e della sottoscrizione, benchè la lettura non sia stata ancor fatta, nè la sottoscrizione apposta; e che è il paragrafo posteriore quello che legalizza e dà il carattere di autenticità alle dichiarazioni precedenti, e che conferma e garantisce che le formalità enunciate vi sieno state realmente osservate; finalmente, che la legge ha bensì richiesto che sia fatta menzione della lettura, ma non ha determinato il luogo del testamento che deve occupare questa menzione. «

» Luigi Crosa si appella da questa sentenza, e con decisione del 4 dicembre 1807, - » Considerando che, nel caso, la menzione della lettura del testamento fatta al testatore in presenza de' testimonj, enunciata dopo le prime disposizioni testamentarie del defunto Crosa, non è applicabile agli articoli dello stesso testamento che si trovano scritti dopo la detta menzione; che in fatti il contesto dell' atto dimostrano all' evidenza che le disposizioni del testatore sono state dettate e scritte in due differenti riprese, e che la lettura di cui vien fatta menzione fu fatta al testatore immediatamente dopo la prima parte dell' atto e delle sole disposizioni che la precedono, senza che sia stata fatta alcuna lettura degli articoli addizionali e de' cangiamenti che il testatore ha voluto fare; che svanisce ogni dubbio a questo riguardo, se si riflette sia al luogo dove si trova posta la suddetta menzione, cioè in mezzo alle due parti del testamento, sia alla frase della quale il notajo si è servito per enunciare questa lettura, frase che non può riferirsi che alle disposizioni che l' aveano preceduta; sia in fine al modo ed alla natura de' cambiamenti ai quali la lettura stessa delle

disposizioni precedenti ha dato luogo, non essendo stati dettati dal testatore che in conseguenza e dopo questa lettura, e nel momento che per compiere l'atto non mancava che la sottoscrizione del testatore, dei testimonj e del notajo, ciò ch'è evidentemente dimostrato da queste parole, *e prima della stipulazione*, che si trovano tra la prima chiusura dell'atto e gli articoli addizionali...; Considerando che la omissione della lettura, o, se si vuole, della menzione espressa della lettura delle aggiunte, costituisce evidentemente un vizio di forma, e una contravvenzione alla legge relativamente a questa parte del testamento, di cui non fu fatta lettura al testatore; che il testamento è un atto indivisibile, quanto alla forma, e che non si può dividerlo per giudicare della validità sotto un tale rapporto; che per prevenire le frodi e le conseguenze spiacevoli che potrebbero derivare dalla inosservanza delle forme ne' testamenti, e per mantenere intatta la indivisibilità di questi atti, la legge 21. §. 1, *ff. qui testamenta facere possunt*, avea ordinato che si ricominciasse l'atto nel caso che il testatore volesse far qualche cambiamento nelle sue disposizioni: *Si quid post testamentum factum, mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt*; e per assicurare la esecuzione di una formalità così essenziale qual'è la lettura de' testamenti e della sua menzione nell' atto, i tribunali di Francia, conformemente all'ordinanza del 1735, lo spirito e le disposizioni della quale sono interamente analoghe alla legge che ci regola attualmente, hanno costantemente riconosciuto la nullità assoluta de' testamenti viziati in parte per la stessa mancanza della formalità di cui si tratta; - La corte di appello di Turino dice ch'è stato mal giudicato, e dichiara il testamento nullo.

» Il signor Danesy ricorre in cassazione contro questa decisione, ed espone così i suoi motivi: - » L'articolo 972 (897) del codice vuole, è vero, che sia fatta lettura del testamento al testatore in presenza de' testimonj, e che ne sia fatta menzione espressa; ma non richiede che questa menzione sia fatta in fine dell'atto o in tal altro luogo. Dunque, in qualunque parte dell'atto la menzione della lettura sia stata fatta, se questa menzione è espressa, il voto della legge è stato adempito, la formalità prescritta è stata osservata, ed in conseguenza non è più il caso di applicare l'articolo 1001 (927) che pronunzia la pena di nullità soltanto nel caso d'inosservanza di una delle formalità prescritte dall'articolo 972 (897). - Invano si è obbiettato che, nel caso, la menzione della lettura essendo stata susseguita da una disposizione addizionale, questa menzione non poteva riferirsi che alle disposizioni che precedono questa menzione. - Hannovi in un testamento delle enunciative che sono puramente dichiarative di alcune formalità prescritte dalla legge; esse appartengono all'atto, all'istrumento, ma non alle disposizioni del testatore; esse sono l'opera del solo notajo, il quale nella sua qualità di funzionario pubblico fa constare del tale o tal fatto. La sottoscrizione del notajo e quella de' testimonj fanno piena ed intiera fede di tutte queste enunciazioni. - Esse non acquistano la forza della verità nel momento che sono scritte, ma quando han ricevuto un carattere solenne di autenticità colla sottoscrizione del notajo e de' testimonj. Or nulla importa che tale o tal fatto fosse di già o no consumato al tempo della dichiarazione che n'è stata fatta nell'atto; basta che lo fosse allorchè il funzionario pubblico e i testimonj hanno sottoscritto l'atto; essi hanno impresso colla loro sottoscrizione un carattere di autenticità alla menzione che vi è fatta, che la formalità è stata adempita. Quindi, per es., come ha osservato il tribunale di prima istanza, quando il notajo dichiara che il testamento è stato sottoscritto dal testatore e da' testimonj, attesta un fatto che non esiste ancora, poichè nè il testatore nè i testimonj hanno ancora firmato nel punto che questa dichiarazione è fatta, e ciò non ostante non può esser censurata, non dovendo la sottoscrizione precederla. - Quindi, per es., ancora quando il notajo dichiara in principio dell'atto che ha scritto il testamento tal quale gli è stato dettato dal testatore, attesta con ciò quello che è per fare e non già ciò che ha fatto: o pure questa menzione è regolare e il testamento valido, se altronde ha ricevuto tutta la sua perfezione. Nella stessa guisa, quan-

do il notajo dichiara che il testamento è stato letto al testatore in presenza de'testimonj, attesta ciò che è per fare e non ciò che ha fatto. - Nulla importa dunque che questa menzione sia fatta nel corpo dell' atto o in fine, poichè sempre è vero che essa precede necessariamente il fatto della lettura di cui fa constare. - La menzione espressa che il testamento è stato letto al testatore non è tanto una formalità, quanto la dichiarazione dell' adempimento di una formalità. È una dichiarazione del notajo, che è di rigore ne' testamenti, e vi si deve trovare per far constare di un fatto che essa sola può provare. Niente impedisce dunque che il notajo faccia prima questa dichiarazione; essa adempie il voto della legge, quantunque si riferisca ad un fatto posteriore, alla confezione del testamento, se altronde è susseguita dalla sottoscrizione del notajo e de'testimonj. Con questa sottoscrizione, la dichiarazione è confermata, il fatto materiale della lettura è comprovato; il voto della legge è adunque adempito qualunque sia il luogo che occupi la menzione espressa della lettura, se questa menzione è concepita in termini tali che comprendano tutte le disposizioni del testamento. - Nel caso, il notajo ha dichiarato che ha fatto lettura al testatore del presente atto di testamento. - Ora il testamento si compone di tutte le disposizioni che vi sono contenute. Dunque col testamento s'indica, nè si può indicare altro che ciò che lo compone, che è il complesso dell'atto. - Quindi dire che è stata fatta lettura del presente atto di testamento, è lo stesso che dire in altri termini, che tutte le disposizioni dettate dal testatore gli sono state lette in presenza de'testimonj. - In fatti, se una sola parte delle disposizioni fosse stata letta, non si potrebbe dire che il testamento è stato letto, poichè non avvi testamento finchè l'atto manca di una parte qualunque. - Se la menzione della lettura si trovasse posta in fine dell' atto, sarebbe forse conveniente che essa si riferisce al complesso delle disposizioni, a tutto ciò che costituisce il testamento. E bene! benchè essa si trova alcune linee prima della fine dell'atto, essa deve produrre lo stesso effetto, poichè la menzione della lettura non deve necessariamente esser fatta in fine, e che può stare in una parte qualunque dell' atto. - La corte di appello di Torino non ha dunque potuto dichiarare insufficiente la menzione della lettura al testatore, la quale è stata fatta nel testamento d'Ignazio Crosa. - D' altronde se questa menzione era insufficiente quanto alla disposizione che la sussegue nell' ordine della scrittura, non lo sarebbe almeno quanto alla istituzion di erede che la precede. - Invano, per giudicare il contrario, la corte di appello ha invocato il preteso principio della indivisibilità de' testamenti. Risulta al contrario dalla legge 92, *ff. de haeredibus instituendis* che quest' atto non è indivisibile, e che una delle sue disposizioni può essere annullata, senza che le altre siano intaccate. - Che importa che nella legge 21, §. 1, *ff. qui testamenta facere possunt*, citata nella sentenza impugnata, sia detto che si dee ricominciare l'atto nel caso che il testatore abbia voluto far qualche cangiamento nelle sue disposizioni? Prima d'inferire da ciò un principio generale, la corte di appello dovea esaminare in qual maniera tutti i comentatori spiegano queste parole, *si quid*. - Gottofredo nelle sue note sopra questo passo della legge romana osserva che devono intendersi per la nomina di un nuovo erede o legatario. E certamente è deciso con ragione che in questo caso il testamento debba essere ricominciato. Ma allorchè il testatore aggiunge una circostanza ad un legato, allorchè esprime una somma la quale non era espressa nel corpo dell'atto, lo può egli? Il giureconsulto Ulpiano ci propone questa questione nella legge citata, e risponde in questi termini: *Et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi.* Questa risposta è decisiva per la validità del testamento. Quindi il principio sopra il quale si è fondata la corte di appello, non è vero in tesi generale, o sopra tutto non è applicabile al caso. »

» Il signor Thuriot, portando la parola sopra questo affare, disse che certamente qualsisia il luogo dove la menzione della lettura si trova, se questa menzione è espressa, e se è evidente che si riferisca a tutte le disposizioni ed al complesso dell'atto, in una parola, a ciò che costituisce il testamento, essa

è regolare, essa adempie il voto della legge: ma quando la menzione della lettura è ristretta ad una parte delle disposizioni, essa è insufficiente, prescrivendo la legge che si faccia la lettura non solamente di una o più parti dell' atto, ma del testamento; - Che un testamento si compone di tutte le disposizioni dettate dal testatore, e dal processo verbale steso dal notajo; - Che nel fatto egli è evidente, come l' ha giudicato la corte di appello, che la menzione della lettura che si trova nel testamento di cui si tratta non si riferisce che a ciò che la precede; che non si può estenderla alle disposizioni addizionali, e che per conseguenza essa è incompleta; - Finalmente che non si può dividere il testamento, dichiararlo valido quanto alle disposizioni alle quali si riferisce la menzione della lettura, ed annullarlo per il di più; e che quello che sopra questo punto è decisivo si è, che il testamento dev' esser letto al testatore che dev' esser fatta menzione espressa di questa lettura, e che se la lettura o la menzione della lettura non si riferisce che ad una parte dell' atto, il voto del codice civile non è stato adempito; giacchè tutto ciò che compone il testamento non è stato letto al testatore, come questo codice prescrive espressamente.

La corte di cassazione sul rapporto del signor Ruperou; - Considerando in diritto, che secondo l' articolo 972 (897), del codice civile il testamento dev' esser letto per intiero al testatore, in presenza de' testimonj, sotto pena di nullità; - Considerando in fatto che l' atto dei 14 gennajo 1807 non contiene che un solo e stesso testamento, e che risulta dal suo contesto che non è stata fatta lettura di tutte le sue disposizioni; donde segue che la sentenza impugnata, annullando questo testamento, si è conformata alla legge; - Atteso che queste sole considerazioni rispondono ai motivi di cassazione proposti da Danesy, la corte rigetta, . . . »

Nella stessa corte di cassazione di Parigi a' 3 agosto 1808 fu dichiarato valido un testamento in cui le parole *dettate* e *pronunciate* erano state sovrimposte, e sostituite ad altre.

» *Fatto*. La signora Lescure avea fatto, dopo la pubblicazione del codice civile, un testamento che i suoi eredi hanno impugnato sul fondamento che le parole *dicté et que prononcé* erano state sovrimposte o alterate e sostituite ad altre con uno istrumento radente. - L' affare fu portato davanti il tribunale di prima istanza del circondario di. . . . Processo verbale giudiziario della minuta, dal quale consta » che alla parola *dicté* sembrava essere stata sostituita la lettera C, in luogo di un' altra lettera che si crede che fosse stata un T, poichè il tratto orizzontale che superiormente taglia il T appariva ancora da dritta a sinistra; che la lettera Q appariva che fosse stata ritoccata nella sua parte inferiore, e che la copulativa *et* tra la parola *dicté*, e il relativo *que*, si trovava senza alterazione, quantunque molto vicine alle due parole sopra enunciate; che nella parola *prononcé* si vede che la lettera iniziale P e le tre seguenti sono senza alterazione, ma che le quattro che finiscono la parola sembrano che siano state ritoccate; che sotto le parole *dicté* e *que*, egualmente che sotto la parola *prononcé*, si vedevano delle macchie cagionate da qualche corpo grasso; in fine che la C della parola *dicté* è majuscola, e che la carta è più sottile sotto le parole *dicté* e *que*; e vi è per fine un piccolo buco.

» Da questo processo verbale gli eredi della signora Lescure inferiscono che le parole *dicté* e *prononcé* sono sovrimposte; che per conseguenza sono a termini della legge come non scritte; che perciò la formalità essenziale che hanno per oggetto di attestare deve riguardarsi come omessa nel testamento; e per conseguenza il testamento dev' essere annullato.

» Ciò non ostante il tribunale considera ch' egli è impossibile d' immaginare quali parole si avrebbero voluto far disparire, e dichiara il testamento valido. In grado di appello, la corte d' Agen conferma questa sentenza, ed eccone i motivi.

» La parola *dicté* è la sola indispensabile affinchè sussista il testamento. Le parole *et que*, e la parola *prononcé* ancorchè fossero rigettate, il testamento non sussisterebbe meno, se la parola *dicté* è conservata. Ora, se si considera questa parola colla lente, o senza lente, appare non esservi in questa parola che una sola lettera, ed è la C, che

si può credere che sia stata rifatta; ed anche fra gli osservatori (e senza dubbio qui s'intende di parlare degli stessi magistrati) parecchi sono di contrario parere. Ma supponendo che sia stata rifatta, o sostituita ad un' altra lettera, e che dovesse essere soppressa, il resto della parola dovrebbe sussistere, e presenterebbe sempre la parola *dicté* che adempirebbe la formalità che richiede la legge - Altronde, perchè questa sovrimposizione non altrimenti che l'alterazione della carta possa far rigettare la parola, bisognerebbe supporre che sia stata fatta dopo che l'atto è stato chiuso e compiuto, ciò che sarebbe un falso che non si presume: ma se questa sostituzione è stata fatta prima della chiusa, in presenza della testatrice e de' testimonj, non si darebbe luogo al falso, nè sarebbe il caso di rigettare la parola; imperciocchè è cosa ordinariissima pe' notaj e cancellieri di raschiare una parola che non è a suo luogo, o che è scritta senza ortografia, e di sostituirne un' altra, ciò che è un grande abuso. Ora nel caso presente può ben essere avvenuto che prima della chiusura il notajo si sia accorto di un errore di ortografia, e che l'abbia corretto. Invano si opporrà che sia un errore di ortografia l'inserire nel mezzo di una parola una lettera majuscola, poichè questo errore è assai ordinario per più persone. Appare anche che il notajo costumasse così, poichè nello stesso atto la lettura C è egualmente majuscola nella parola *Du Clos*. Il legatario avea precedentemente sostenuto che tal era egualmente l'uso di questo notajo nella parola *dicté* ne' testamenti da lui precedentemente rogati; e per giustificare ciò avea domandata la presentazione di alcune minute che oggi diviene inutile. A riguardo della pretesa alterazione della carta, appare bene che vi sia qualche colpo di raschiatojo superiormente e al lato della parte inferiore della lettera C, ma non appare che il raschiatojo abbia toccato il resto della parola. Altronde, la carta appare nello stesso stato in più luoghi di questo foglio, e può essere avvenuto, come succede alle volte, che la carta sia stata consegnata dall'amministrazione in uno stato difettoso. Avvi nel restante del foglio più macchie che sembrano che siano state fatte dalla stessa materia che ha macchiato le parole che si dice essere state rifatte; e queste macchie possono essere l'effetto dell'accidente, e provenire dalla caduta di qualche goccia d'olio o di sego mentre si stendeva il testamento; oppure queste macchie sono provenute dopo la sua confezione per la trascuranza del notajo nella conservazione delle sue minute; e ciò che distrugge ogni idea di rinnovazione o di sostituzione di una parola ad un'altra, si è ch'egli è difficile, per non dir impossibile, l'immaginare quale fosse la parola che esisteva in principio ed alla quale si pretende siasi sostituita la parola *dicté*. Le ragioni addotte essendo applicabili alle altre parole che si pretendono rifatte, e queste parole essendo d'altronde poco essenziali alla validità del testamento, non è necessario che la corte se ne occupi. Quindi, siccome la presunzione deve sempre stare in favore dell' atto, e come è stato già detto che il delitto non si presume, il testamento di cui si tratta deve essere conservato. »

» Gli eredi ricorrono in cassazione. Sopra rapporto del signor Cochard. - Atteso che la corte di appello d'Agen, avendo riconosciuto in fatto che la parola *dicté* esisteva nel testamento impugnato; che di cinque lettere di cui è composta non vi era stata di sovrimposta, o per meglio dire di corretta, che la lettera C, perché nel principio non era stata scritta con ortografia....; la corte rigetta. »

È necessario che la presenza de' testimoni sia enunciata nel principio del testamento? Tale questione fu trattata nella stessa corte di cassazione di Parigi, e con decisione de' 9 luglio 1806 venne risoluta negativamente.

» *Fatto*. Il 26 piovoso anno 12, il signor Bonnet fa davanti due notaj e due testimonj un testamento col quale lega a sua moglie l'usufrutto di tutti i suoi beni. - Dopo la sua morte, domanda di nullità di quest'atto sul fondamento che non è stata fatta menzione della presenza de' testimonj al testamento, se non appiè delle disposizioni del testatore, e solamente con quella della lettura. - Con decisione, che conferma la sentenza del tribunale di prima istanza, la corte di appello di Brusselles rigetta questa domanda. - Ricorso in cassazione. - Per far costare che i testi-

monj sono stati presenti quando venne ricevuto il testamento (dicono gli eredi) è necessario che l'atto stesso contenga i loro nomi; professioni, e domicilj, in fronte del suo contesto; perchè se le indicazioni non sono poste che in fine, niente prova che i testimonj non sieno giunti in epoche differenti, e dopo che il notajo avea cominciato a scrivere le disposizioni testamentarie. - Nel caso, non si è parlato de' testimonj se non dopo la menzione della lettura. »» Fatta lettura, si dice, al detto testatore da detto notajo Dorez, presente il detto notajo Dorez, e i testimonj in appresso nominati. »» - È vero che dopo la sottoscrizione del testatore si leggono queste parole: »» così fatto, testato, voluto e ordinato nel domicilio del testatore in presenza de' testimonj... »» da che si è voluto dedurre che constava sufficientemente della loro presenza a tutto il testamento. Ma non si ragiona per congetture in materia di testamenti: le formalità sono sacramentali e non possono supplirsi con parole equivalenti. - La corte di cassazione sul rapporto del signor Liger, Verdigny, - » Atteso 1.° che l'articolo 972 (897) del codice civile, che richiede per la regolarità della forma di un testamento che ne sia fatta lettura al testatore, in presenza de' testimonj, non impone l'obbligo di far menzione espressa di questa presenza in principio del testamento; - Che d'altronde, nel caso, è stato adempito il voto della legge, con queste parole inserite prima della chiusura del testamento: »» così fatto, testato voluto ed ordinato in presenza de' testimonj, »» ed ancora con queste altre: »» lettura fatta al detto testatore, presenti il detto notajo Dorez, e i testimonj in appresso nominati; »» 2.° Che i nomi, cognomi, professioni e domicilj de' testimonj sono stati indicati nel testamento; che è detto puranche che avevano le qualità richieste dalle leggi 3.° Che gli attori non hanno articolato, e che neppure ancora articolano il fatto . della parentela o affinità, nel grado proibito, di alcuno di questi testimonj coi legatarj. - La corte rigetta. »

Finalmente nella medesima corte di cassazione di Parigi nel dì 19 frimale anno 14 furono discusse le seguenti questioni.

È egli necessario, sotto pena di nullità, che in un testamento in cui si trova la menzione che esso è stato dettato e scritto in presenza di un notajo e di quattro testimonj, e che i quattro testimonj l'hanno sottoscritto, sia inoltre espresso che in presenza di questi testimonj sia stata fatta la lettura? La clausola che dopo la lettura del testamento il testatore ha persistito, equivale essa alla menzione espressa che al testatore stesso è stata fatta la lettura dell'atto? La risoluzione fu negativa.

» *Fatto* Il 17 brumale anno 12, Gio. Battista Mullenberg, domiciliato a Brusselles, fa in questa città un testamento così concepito: - » Davanti me... notajo, in presenza de' testimonj da nominarsi qui appresso, è comparso Giovanni Mullenberg... » il quale... ha ordinato e dettato il presente testamento. (seguono le disposizioni del testatore). Così fatto e testato a Brusselles, nella casa del testatore... in presenza di... testimonj a quest' effetto espressamente chiamati e pregati; e dopo la lettura di questo testamento, il testatore ha dichiarato nuovamente che questa era l'ultima sua volontà. È richiesto il testatore e i testimonj se sanno scrivere, il testatore ha risposto che non poteva firmare a causa della sua malattia; e tutti i testimonj hanno risposto di sì, ed hanno sottoscritto il presente unitamente a me notajo. » - Pochi giorni dopo muore Mullenberg. I suoi eredi *ab intestato* domandano la nullità del suo testamento. - Il 30 pratile anno 12, sentenza del tribunale di prima istanza di Brusselles, che la rigetta. - Appello: e il 18 ventoso anno 13, decisione colla quale - » Considerando che questo testamento essendo fatto per atto pubblico, è stato soggetto alla terza e quarta parte dell'articolo 972 (897) del codice civile; - Che a termini di queste disposizioni, sono richieste due cose: che sia fatta lettura del testamento al testatore in presenza de' testimonj, e che ne sia fatta menzione espressa; - Atteso che con queste parole, *dopo la lettura*, non si è potuto adempire il voto della terza e quarta parte dell' articolo 992 del codice civile, poichè l'atto non prova che questa lettura sia stata fatta al testatore in presenza de' testimonj, e che la prova del fatto dee cavarsi dalla menzione

espressa che la legge prescrive; - Atteso che il legislatore non ha abbandonato la sorte de' testamenti ai raziocinj ed alle congetture; ma che ha richiesto per garentia della volontà de' disponenti l'adempimento delle forme alle quali sono soggetti gli atti che li contengono; ciò che risulta dall'articolo 1001 (927) del codice civile, in cui la pena di nullità è scritta, in caso d'inosservanza delle formalità prescritte ai diversi testamenti; - La corte di appello di Brusselles annulla ciò di cui vi è appello; riformando, dichiara il testamento di Gio: Battista Mullenberg, del 17 brumale anno 12, nullo e di niuno effetto. » - I legatarj ricorrono in cassazione, e sostengono che la corte di appello di Brusselles ha male interpretato l'articolo 972, e falsamente applicato l'articolo 1001 del codice civile.

» Due quistioni, disse il procurator generale, richiamano in questo affare l'attenzione della corte suprema; - La prima, se il testamento di Gio: Battista Mullenberg ha potuto essere annullato, poichè non racchiude la menzione espressa che la lettura sia stata fatta al testatore stesso; - La seconda, se ha potuto annullarsi perchè non enuncia esplicitamente che ne sia stata fatta la lettura in presenza de' testimonj. Quanto alla prima quistione, il principio non è nè contestato, nè suscettibile di contestazione. - L'articolo 972 del codice civile vuole che dopo che il testamento è stato scritto dal notajo sotto la dettatura del testatore, ne sia fatta lettura a quest'ultimo, e che ne sia fatta menzione espressa. Non basta dunque che il testamento contenga la menzione espressa che ne è stata fatta la lettura; bisogna ancora aggiungere a questa menzione quella che la lettura ne è stata fatta al testatore medesimo. In ciò il codice civile va più innanzi dell'articolo 23 dell'ordinanza del 1735, la quale, dopo di avere prescritto che il testamento sarebbe letto al testatore, si contentava di aggiungere che sarebbe fatta menzione espressa della lettura; e con ciò si spiega perchè varie decisioni de' parlamenti di Parigi, di Grenoble e di Digione, che noi abbiamo avuto l'onore di ricordarvi alla vostra udienza del 14 fiorile anno 11, han dichiarato validi de' testamenti in fine de' quali era solamente detto ch'erano stati o pubblicati o letti o recitati.

» Ciò non ostante, anche sotto l'impero dell'ordinanza del 1735, l'opinione più generale era che il testamento dovea enunciare in termini espressi, non solamente che ne era stata fatta la lettura, ma ancora che era stata fatta e diretta al testatore; e questa opinione, nella quale il redattore dell'ordinanza, il signor d'Aguesseau, era convenuto con sua lettera del 30 dicembre 1742 al primo presidente del parlamento di Grenoble, era stata formalmente convertita in legge, nella giurisdizione del parlamento di Tolosa, con una dichiarazione del 7 agosto 1783.

» Il codice civile pure ha accordato la preferenza a questa opinione; e ciò risulta evidentemente dalla maniera in cui è concepito l'articolo 972. «» Nell'uno e nell'altro caso (tanto che il testamento sia ricevuto da due notaj, o da un solo) se ne dee far la lettura al testatore; - di tutto ciò si dee fare espressa menzione. »» Se dunque il testamento di Mullenberg non contiene la menzione espressa che ne è stata fatta la lettura al testatore, non v'ha dubbio che sia nullo.

» Ora questa menzione espressa la contiene egli? Si può dire per la negativa, che la lettura ivi non è enunciata che in questi termini: «» e dopo la lettura di questo testamento il testatore ha dichiarato nuovamente che questa è la sua volontà. »» Si può dire che da queste parole si scorge bensì una lettura fatta, ma che non vi si scorge che questa lettura sia stata diretta al testatore.

» Ma, da un'altra parte, si può dire che il testamento adempie per equipollenza la formalità della menzione espressa di una lettura fatta al testatore personalmente. L'atto non enuncia solamente che è stata fatta una lettura; enuncia ancora che dopo questa lettura il testatore ha reiterato la dichiarazione che tale era la sua volontà; e converrebbe essere molto minuto per non convenire che questa parola *dopo* equivale all'altra, *in conseguenza*. Se dunque si ritiene che il testamento dica, e dice realmente, che il testatore ha reiterato la dichiarazione de' suoi voleri, in conseguenza della lettura che venne fatta delle sue disposizioni, si ritiene pure ch'egli dica, e dice realmente, che fu al te-

statore stesso che venne diretta la lettura.

» E qui viene in acconcio il principio di Ricard, part. 1, n. 1502, che per verità le formalità richieste dalle leggi nella confezione de' testamenti devono osservarsi esattamente e letteralmente, ma che non bisogna intendere ciò superstiziosamente, di modo che l'equipollenza non possa giammai ammettersi affatto; che si dee al contrario ammettere l'equipollenza, quando essa è identica, e che ciò che è impiegato per adempire le solennità della legge, comprenda la sua intenzione *adaequate et identice*, di modo che non possa ravvisarvisi alcuna sorta di differenza.

» Rimarcate quindi, o signori, che non precisamente per la mancanza della menzione espressa della persona del testatore nella relazione della lettura, la corte di appello di Brusselles ha dichiarato nullo il testamento di Mullenberg, ma per la mancanza della menzione espressa della presenza de' testimonj all'adempimento di questa solennità. Ciò ci conduce naturalmente alla nostra seconda quistione; e a questo proposito due cose sono da esaminarsi: il fatto e il diritto.

» Nel fatto: che porta il testamento relativamente ai testimonj? Esso enuncia primieramente che il testatore è comparso davanti il notajo e i quattro testimonj; ch'egli ha dettato le sue disposizioni di ultima volontà, e che il notajo le ha scritte: e ciò che prova bene ch'esse sono state dettate e scritte in presenza de' testimonj, è che nella chiusura il testamento dice: *così fatto e testato in presenza di.. testimonj a quest' effetto espressamente chiamati e pregati.* - Viene in seguito la menzione della lettura, e voi sapete, o signori, che non si agita quistione sui testimonj. Finalmente, si passa alle sottoscrizioni, ed il testamento porta che il notajo avendo interpellato i testimonj di firmare, hanno firmato effettivamente.

» In punto di diritto: che richiede il codice relativamente ai testimonj impiegati nel testamento per atto pubblico? Richiede primieramente che il testamento sia ricevuto in loro presenza. » Il testamento per atto pubblico (è detto nell'articolo 971 (896) è quello che si riceve da due notaj in presenza di quattro testimonj. » Richiede in seguito nell'articolo 972 (897) che, terminato il testamento » ne sia fatta lettura al testatore, in presenza de' testimonj. » - Richiede finalmente nell'articolo 974 (900), che il testamento sia sottoscritto dai testimonj.

» Di queste tre condizioni, la prima è adempita nel testamento del signor Mullenberg, tanto per la menzione inserita nel suo preambolo, che il testatore è comparso davanti un notajo e quattro testimonj *da nominarsi qui appresso*, che colla clausola che annuncia il fine delle disposizioni testamentarie: *così fatto e testato in presenza di...* La terza condizione è egualmente adempita colla menzione della sottoscrizione, e coll'apposizione effettiva della sottoscrizione de' quattro testimonj.

» Ma in quanto alla seconda, cosa ne attesta l'adempimento? Qual pruova troviamo noi nel testamento che i testimonj erano presenti alla lettura che ne è stata fatta? Il testamento si limita a dire: »] e dopo la lettura di questo testamento il testatore ha nuovamente dichiarato che questa è la sua volontà. » Esso non dice che questa lettura sia stata fatta in presenza de' testimonj; egli non contiene una menzione espressa della presenza de' testimonj a questa lettura; egli non soddisfa adunque dall'ultima disposizione all'articolo 992, il quale, sotto la pena di nullità pronunciata dall'articolo 1001, richiede che di tutto ciò si debba fare espressa menzione.

» Si dirà senza dubbio che non si ha a presumere che i testimonj si siano ritirati al tempo della lettura, che lo stesso testamento fa constare della loro presenza alla intera redazione del testamento: *così fatto, e testato in presenza di..*; che il testamento col suo proprio tenore prova inoltre ch'essi erano presenti, allorchè il medesimo si rivestì delle sottoscrizioni richieste per la sua perfezione; e che la lettura avendo avuto luogo nell'intervallo dell'una all'altra di queste operazioni, è ben verisimile ch'essa non abbia avuto luogo che in loro presenza.

» Ma in questa materia non si può quistionare con presunzioni, o con verisimiglianze. La legge richiede una menzione espressa di tutto ciò che prescrive, e per conseguenza della presenza de' testimonj alla lettura,

Non basta dunque che sia verisimile, che sia presumibile, che la lettura sia stata fatta in presenza de' testimonj; bisogna che della presenza de' testimonj alla lettura consti in una maniera positiva; bisogna che alla vista del testamento non si possa sospettare che i testimonj si siano assentati nel tempo della lettura. Ogni testamento che lascia luogo a questo sospetto, non adempie il voto della legge, e tale è quello del signor Mullenberg.

» Per queste considerazioni, noi stimiamo che si rigetti il ricorso degli attori. »

» La corte di cassazione sopra rapporto del signor Borel. - Atteso che l'articolo 972 del codice civile richiedendo che sia fatta lettura al testatore in presenza de' testimonj, e che di tutto ciò si faccia menzione espressa, non permette che la esecuzione di questa formalità venga presunta dietro il contesto generale del testamento, e dietro perifrasi il cui oggetto diretto è estraneo alla formalità della lettura; atteso che la legge e la ragione non ammettono altre espressioni equivalenti se non quelle che sono sinonime ed identiche con quelle richieste dalla legge; che perciò la corte di Brusselles ha potuto, nel caso, applicare rigorosamente le disposizioni dell'articolo 1001 del codice civile - Rigetta.... »

» §. 9. I testamenti per atto pubblico,
» oltre alle indicate solennità loro proprie,
» dovranno contenere le altre solennità co-
» muni a tutti gli altri atti autentici, richie-
» ste dalle leggi sul regolamento notariale.
» *Art.* 898. *Leg. civ.*

La legge sul regolamento notariale de' 23 novembre 1819 contiene le seguenti disposizioni per le solennità comuni ad ogni atto autentico, cui il presente articolo si riporta.

» *Art.* 6. Fuori della provincia o valle, in cui ha la sua residenza, è proibito al notaro di ricevere alcun atto. Contravvenendo il notajo, oltre il risarcimento de' danni che fossero derivati alle parti, incorre nella pena della sospensione di sei mesi per la prima contravvenzione, e della destituzione in caso di recidiva.

» *Art.* 8 Non ha il notajo facoltà di ricevere un atto, in cui sieno parti o egli stesso, o alcuno de' suoi congiunti o affini, così in linea retta in qualunque grado, come in linea collaterale fino al terzo grado inclusivamente. Gli è proibito ancora di ricevere disposizione a favor suo o delle dette persone, salvo che la disposizione si trovi in un atto di ultima volontà non iscritto dal notajo ed a lui consegnato chiuso.

» *Art.* 9. Gli atti sono ricevuti da due notaj, o da un notajo assistito da due testimonj nostri sudditi, maggiori di età, che godano de' diritti civili, che sappiano firmare, tranne i casi di eccezione preveduti dalla legge, ove la firma di tutti i testimonj non sia necessaria come nell' art. 900 della prima parte del codice per lo regno delle Due Sicilie. I testimonj in oltre debbono conoscere le parti, e debbono essere domiciliati nel distretto del comune, ove l'atto sarà rogato.

» *Art.* 10. È vietato a due notaj congiunti, o affini tra loro ne' gradi contemplati nell' articolo 8 di ricevere, e rogare il medesimo atto. Non possono essere testimonj i congiunti, ed affini ne' gradi suddetti sì del notajo, che delle parti, gli ajutanti del notajo, e le persone addette al servizio tanto del notajo, quanto delle parti.

» *Art.* 11. È dovere del notajo di osservare nei rogiti degli atti che riceve le solennità prescritte, secondo la natura dell'atto, e di cerziorare le parti, ed i disponenti del tenor delle leggi, alle quali debbono conformarsi. Il notajo che omette alcuna delle solennità prescritte per la validità dell'atto, è obbligato a risarcire i danni alle parti a norma delle leggi. Quegli, che si presta a ricevere atti proibiti dalle leggi, incorre nella sospensione dall' officio pel tempo non minore di un mese, nè maggiore di sei da determinarsi con sentenza del tribunal civile secondo le circostanze, oltre le pene che possono essere prescritte dalle leggi penali.

» *Art.* 12. Gl' istrumenti, i testamenti, e gli altri atti sono ricevuti e scritti in lingua italiana nella destra delle due colonne, in cui è divisa ogni pagina. Il notajo è tenuto a porvi di suo carattere almeno la data, quante volte la legge non prescriva, che l' atto sia steso tutto di suo carattere.

» *Art.* 13. L' atto incomincia colle parole — *Regno delle Due Sicilie* — Colla indica-

zione del giorno, mese, ed anno dell'era comune adottata nel regno, e col nome del Sovrano regnante, e termina colla indicazione della provincia o valle, del comune, e della casa dove è stato fatto, e pubblicato, e colla dichiarazione del nome, e cognome, paternità, professione, domicilio tanto delle parti, che de' testamonj alla cui presenza è stato celebrato.

» *Art.* 14. La celebrazione degl' istrumenti per atti tra vivi, quando sien ricevuti da un solo notajo, si fa alla presenza delle parti, di due testimonj idonei, e sì quelle, che questi sottoscrivono l'atto in fine, dopo la menzione della lettura prescritta dall'articolo 20, ed il notajo aggiunge la propria firma, la qualificazione di notajo, ed il nome del comune in cui risiede. Se sono ricevuti da due notaj, sottoscrivono entrambi.

» *Art.* 14. Se le parti, o alcuna di esse non sanno, o non possono scrivere, il notajo deve far menzione in fine dell'atto della loro dichiarazione, e de' motivi addotti.

» *Art.* 16. Se l'atto occupa più fogli, ogni foglio è firmato dalle parti, da' testimonj, e dal notajo. Se queste non sanno, o non possono scrivere vien firmato dal notajo, e da' testimonj intervenuti nel rogito, ovvero da due notaj.

» *Art.* 17. Ne' testamenti per atto pubblico, e negli atti di soprascrizione ne' testamenti mistici, oltre le altre solennità comuni a tutti gli atti autentici, richieste dalla presente legge, si deve indicare l'ora precisa, in cui sono stati fatti.

» *Art.* 18. Le altre speciali solennità da osservarsi tanto ne' testamenti per atto pubblico, quanto ne' testamenti mistici nella prima parte del codice per lo regno delle due Sicilie compresa la qualità de' testimonj, sono prescritte dall' articolo 896. all'articolo 906.

» *Art.* 19. Gl' istrumenti si celebrano validamente in qualunque giorno.

» *Art.* 20. La pubblicazione degl' istrumenti si fa colla lettura chiara, ed intelligibile alle parti, ed a' testimonj non solo dell' intero atto, ma anche degl' inserti, con farsene menzione in fine dell' atto.

» *Art.* 21. Il notajo deve dichiarare nel rogito di conoscere le parti, o il testatore. Quando non abbia una tale conoscenza, e non gli basti l'assicurazione de' due testimonj, che intervengono all'atto può richiedere l'intervento di due altre persone a lui note di sua fiducia, e che abbiano le qualità prescritte dall' articolo 9.

» *Art.* 22. È vietato di deferire alle parti alcun giuramento promissorio, o assertorio, o di apporre nel rogito la clausola *pro jurato*, o altra equivalente, eccettuato il caso in cui il giuramento sia prescritto dalla legge per la validità, o regolarità dell' atto.

» Venendo inserite tali clausole, o deferito il giuramento, le clausole si hanno per non apposte, e per non deferito il giuramento. Il notajo è multato in ducati tre, o sia oncia una siciliana per ogni atto in contravvenzione.

» *Art.* 23. Negli atti ricevuti dal notajo, la data del giorno, mese, ed anno si scrive in lettere, e così la quantità, e le somme. In caso di contravvenzione è multato in ducati tre, o sia oncia una siciliana per ogni atto.

» *Art.* 24. Gli atti saranno scritti in carattere chiaro, ed intelligibile, senza intervalli, lacune ed abbreviature, e senza veruna rasura, e cancellatura, o aggiunzione di parole.

» *Art.* 25. Se occorre nella compilazione dell' atto di levare, variare, o aggiungere qualche cosa, debbono interlinearsi le cose levate, in modo che possano leggersi anche dopo, facendone analoga annotazione in margine, o in fine: e possono apporsi le necessarie postille o in margine, o in fine, purchè le annotazioni e le postille vengano sottoscritte dalle stesse persone che debbono firmare il rogito, secondo i casi contemplati negli articoli 14. e 15. Se le postille saranno fatte in margine, dovrà nelle sottoscrizioni indicarsi il numero delle parole, specificandosene la prima, e l' ultima.

» Le annotazioni, e le postille non eseguite nel modo di sopra indicato si hanno per non fatte, ed il notajo è punito colla multa di ducati due, o sia tarì 20 siciliani per ogni interlineazione, annotazione, o postilla non dichiarata, o non sottoscritta nel modo di sopra indicato.

» Perfezionato il rogito, qualunque altro atto ulteriore, benanche relativo all'atto precedentemente stipulato, deve stendersi in separato originale, eccettuati i casi preveduti dalle leggi, come nell'articolo 1351 della prima parte del codice per lo regno delle due Sicilie.

» *Art.* 26. La contravvenzione al disposto nell'articolo 8. porta la nullità dell'atto, o della disposizione in esso articolo menzionata.

» La contravvenzione alle disposizioni degli art. 6, 9, 10, 14, 15, 16, 17, 20, e 21 porta la nullità dell'atto, ed il notajo è punito colla multa di ducati 15, o sia once cinque siciliane per ogni atto.

» La contravvenzione al disposto nell'articolo 18 è regolata dall'articolo 927 della prima parte del codice per lo regno delle due Sicilie.

» *Art.* 27. È parimente nullo l'istrumento che mancasse della data, e della indicazione del luogo ov'è seguito il rogito, prescritte dall'art. 13.

» Se l'atto manca delle altre prescrizioni dello stesso articolo 13 è valido, ma il notajo è multato in ducati tre, oncia una siciliana.

» *Art.* 28. Il notajo che prosiegue nell'esercizio dopo la sospensione, la inabilitazione o la rinuncia, o dopo l'avere accettato impiego incompatibile coll'esercizio del notariato, incorre nelle pene, a cui sono soggetti coloro che, non essendo notari, esercitano il notariato, ed alla rifazione de'danni ne' termini dell'articolo 6. Gli atti ricevuti dopo la pubblica sospensione, inabilitazione, rinuncia, o incompatibilità, sono nulli.

» Qualora il notajo sia trasferito in altra provincia, gli atti ricevuti nella provincia della prima residenza dopo la pubblicata traslocazione saranno nulli, ed il notajo incorre egualmente nelle pene prescritte nell'art. 6.

» *Art.* 29. L'atto che nella presente legge è dichiarato nullo, ha nondimeno il valore di scrittura privata, qualora vi sia la sottoscrizione delle parti contraenti. In ogni caso è salva alle parti l'azione contra il notajo, pe' danni ed interessi a' termini della legge.

» *Art.* 30. I notari conservano con esattezza, ed in luogo sicuro gli originali rogiti co' relativi inserti, disponendo il tutto in libri con ordine cronologico, e corrispondente al numero progressivo del repertorio. Questo numero si appone in margine di ciascun rogito, o atto, e di ogni inserto che gli appartenga. Ne' primi due mesi di ogni anno i notari sono tenuti di presentare alla camera notariale il libro, o sia protocollo degli atti celebrati nel corso dell'anno precedente. La camera l'osserva, e trovandolo in regola, vi appone la dichiarazione corrispondente, e lo restituisce al notajo. Colui che manchi di adempire a questo dovere, è punito colla sospensione fino all'adempimento.

» I notari conserveranno ancora in fascicoli distinti, con numero progressivo gl'atti che vanno in protocollo; come sono i testamenti mistici prima di aprirsi. Colui che non tiene, nè custodisce i rogiti nell'ordine prescritto, o che omette di contrasegnare gli originali, e gl'inserti col numero progressivo del repertorio, è multato per ogni contravvenzione in ducati due, o sia tarì 20 siciliani. I protocolli, e gli atti de' componenti le camere notariali saranno osservati dal presidente del tribunale civile, da cui si farà la dichiarazione corrispondente della visita seguita.

» *Art.* 31. I notari, lor vita durante, finchè risiedono nella stessa provincia o valle o non cessano dall'esercizio del notariato, conservano, e custodiscono gli originali, e gl'inserti de' rogiti come nell'articolo precedente, e rilasciano alle parti, ed a' terzi le sole copie, e gli estratti.

» *Art.* 31. I notari non possono rilasciare gli originali alle parti o a veruno altro, nè possono essere obbligati a presentarli, o depositarli che ne' modi e casi preveduti dalla legge.

» Ove la legge non abbia preveduto il modo di presentazione o di deposito dell'atto, il notajo prima di presentare l'originale, n'estrae copia perfettamente simile, la quale, dopo la collazione, e sottoscrizione del presidente del tribunale civile, e del regio procuratore, rimane in luogo di originale, finchè venga restituito. Per ogni contravvenzione al disposto nel presente articolo, il notajo è multato in ducati quindici, o sia once cinque siciliane.

» Questa disposizione non ha luogo pe' protocolli, in cui gli atti sono scritti l'uno in seguito dell'altro, a norma delle leggi in vigore prima della osservanza delle disposizioni della presente legge. Questi protocolli potranno essere presentati interi quando così venga ordinato.

» *Art.* 33. Se però il testatore, che abbia consegnato al notajo il suo testamento mistico, vuol ritirarlo, voglia o no rivocarlo, il notajo glielo resti uisce, e conserva ne' suoi atti, in luogo del testamento restituito, la ricevuta che gliene fa il testatore. Questa ricevuta dovrà esser fatta con atto autentico.

» *Art.* 34. Non sono comprese nelle disposizioni degli articoli 31 e 32, ed il notajo può consegnare originalmente o sia in *brevetto* alle parti gli atti, che contengono certificati, attestati, consensi, procure, ricevute, o quietanze di affitti, di salarj, di arretrati di pensioni, o rendite, obbligazioni, o contrattazioni di mobili che non eccedono la somma di ducati cento, ed atti simili purchè la legge non ordini espressamente di dovere rimaner la minuta presso del notajo, come ne' casi preveduti dagli aticoli 855, 856, e 1032 della prima parte del codice per lo regno delle due Sicilie.

» *Art.* 35. I certificati della verità del carattere nelle sottoscrizioni in iscrittura privata si rilasciano dal notajo nel solo caso che le sottoscrizioni sieno fatte, o riconosciute come proprie dalle parti alla presenza del medesimo, o di due testimonj, o di altro notajo, i quali si sottoscrivano, eccettuate le fedi e polize di Banco, per le quali basta il solo attestato del notajo.

» *Art.* 36. Gli atti da consegnarsi in originale, di cui si fa menzione nell'articolo 34, ed i certificati della verità del carattere dovranno contenere le stesse forme prescritte negli articoli 12, 13, e 23; ma potranno essere scritti a picciolo margine, e non a metà di facciata: dovranno similmente portare la impressione del segno del tabellionato, di cui si parla nell'articolo 63 della presente legge.

» *Art.* 37. Il notajo, sua vita durante, finchè risiede nella stessa provincia o valle, e non cessi dal notariato, ha privativamente il dritto di rilasciare le copie di prima edizione degli atti da lui rogati, e di percepirne gli emolumenti.

» *Art.* 38. Nel caso che il notajo non possa rilasciare le copie per infermità, per sospensione, o per altro impedimento, la camera notariale, alla quale egli è subordinato, nomina un altro notajo, il quale profitta del quarto dell'onorario, rimanendo gli altri tre quarti a vantaggio del primo. Il notajo delegato, nel rilasciare le copie, farà menzione della delegazione avutane dalla camera.

» *Art.* 39. Il notajo rilascia ad ognuna delle parti interessate una prima copia autentica o spedizione in forma esecutiva degl'istrumenti, ed atti fra vivi, colla dichiarazione che quella è la prima copia, o spedizione in forma esecutiva, e colla indicazione del nome della parte, che la riceve, e sull'originale fa annotazione delle prime copie rilasciate.

» Per gl'istrumenti stipulati prima dell'attivazione della legge sul notariato, la spedizione delle copie in forma esecutiva si farà secondo le regole stabilite negli articoli 927 a 930 della terza parte del codice per lo regno delle delle due Sicilie, purchè detti istrumenti sieno tali, che per le leggi in vigore meritar possano la pronta esecuzione.

» Per ottenere la spedizione in forma esecutiva di un atto in brevetto, basterà depositarlo presso di un notajo, il quale, dopo di aver disteso l'atto di deposito, ed inscrito in esso l'atto in brevetto, potrà consegnare la spedizione esecutiva.

» *Art.* 40. Ogni prima copia autentica, o spedizione esecutiva si rilascia in forma simile a quella delle sentenze, e decisioni giudiziare. Essa comincia colla seguente formola — *Regno delle due Sicilie* — Nome del Sovrano regnante — *A tutti i presenti e futuri salute* — Prosiegue colla trascrizione per esteso dell'istrumento, e termina coll'ordine di esecuzione. — » Comandiamo ed ordiniamo a qualunque de' nostri uscieri richiesti di dare esecuzione al presente atto, ed a tutti i nostri comandanti ed uffiziali della forza pubblica di prestare mano forte, venendone legalmente richiesti, ed ai nostri Regj procu-

ratori presso i tribunali di coadjuvare l'esecuzione.

»a In fede di che io notajo sottoscritto ho apposto il mio segno del tabellionato a questa prima copia autentica, o spedizione in forma esecutiva consegnata al Signor N. N.»

» *Art.* 41. Il notajo non può rilasciare altra prima copia nella forma anzidetta senza le formalità prescritte sull'oggetto dagli articoli 927 a 930 della terza parte del codice per lo Regno delle due Sicilie, sotto pena di destituzione. Nel caso che la copia sia fatta presenti o consensienti le parti, o per ordine del presidente del tribunale civile, citate le parti, il notajo ne fa la dichiarazione, ed indica il nome della persona che la riceve.

» *Art.* 42. Rilascia pure altre copie conformi alle parti stesse, ed a' terzi che ne abbisognassero eccetto le copie di testamenti quando sieno ancor vivi i testatori, le quali ai soli testatori potranno darsi.

» *Art.* 43. Tutte le volte che non si tratti di prima copia autentica, la copia conforme verrà rilasciata senz' alcuna dichiarazione richiesta dall' articolo 41.

» *Art.* 44. Il notajo che omette l'annotazione, o le dichiarazioni ordinate negli articoli 39 e 41 è multuato in ducati quindici, o sia once 6 siciliane per ogni omessione.

» *Art.* 45. Le copie debbono essere perfettamente conformi agli originali, e collazionate dal notajo; e debbono portare il numero del repertorio segnato nell' originale, la copia di tutte le firme apposte nel rogito, la copia degl'inserti, la impressione del segno del tabellionato, e la sottoscrizione del notaj.

» *Art.* 56. La sottoscrizione esprime il nome del notajo, il suo cognome, la paternità, la residenza, e la qualificazione di notajo, attesta il fatto rogito, e l' apposizione del segno del tabellionato: dichiara se la copia sia stata trascritta di mano altrui; e termina colla data del giorno, in cui è autenticata la stessa copia.

» *Art.* 47. Il notajo che rilasciasse dolosamente una copia discorde dall'originale è reo di falso. Se la copia non è secondo la forma prescritta nell'articolo precedente, non si ha per autentica.

» *Art.* 48. Il disposto nell' articolo 24 in rapporto agli originali, si estende anche alle copie; per le quali non è necessaria la formalità di scriversi a metà di facciata.

» *Art.* 49. Accadendo qualche omessione, o errore nella copia dell'atto può emendarsi con una o più postile o in margine, o in fine della copia medesima, perchè il notajo vi apponga la sua sottoscrizione portante il suo nome, cognome, e qualificazione di notajo, ed indichi nel tempo stesso il numero delle parole, qualora la postilla sia scritta in margine. Senza queste ritualità la postilla non fa alcuna pruova.

» *Art.* 51. Le regole prescritte negli articoli 31. 39. a 40. hanno pure luogo per li testamenti, ed atti di ultima volontà, ma di questi non può il notajo, in vita del testatore, dare copia ad alcuno, fuorchè al testore medesimo. »»

» §. 10. Questo testamento debbe essere » sottoscritto dal testatore, e firmato in ogni » foglio: se egli dichiara di non sapere o » non poter scrivere si farà nell'atto espres» sa menzione della sua dichiarazione, del » pari che della causa che lo impedisce di » sottoscrivere. *Art.* 899. *Leg. civ.*

Mancata la formola nel testamento di non essersi del medesimo data lettura al testatore a norma dell' art. 973 dell'abolito cod. civ. uniforme all' art. 899 delle leggi civili, una soggiunta che il disponente faccia onde si desuma aver egli conoscenza di quello da lui disposto, potrà render nulla la disposizione? La suprema corte di giustizia con decisione de' 20 gennaro 1824 stabilì la massima che le dette soggiunte contenendo una estenzione di ciò, che si trova disposto dimostra nel fatto essersi letto il testamento.

» *Fatto*. D. Elisabetta Verrusio con testamento de' 22 luglio 1816 istituì erede D. Antonio Francese suo marito, di cui sono donatarj universali D. Tommaso, e D. Salvatore Francese.

» Nel dì 11 agosto 1821 D. Emmanuela Franco nella qualità di erede legittima della suddetta signora Verrusio, domandò nel tribonale civile di Napoli dichiararsi nullo il testamento anzidetto, per non essersene data lettura alla testatrice.

» Il tribunale con sentenza contumaciale de' 5 settembre del suddetto anno dichiarò nullo il testamento suddetto, ed aperta la successione di D.a Elisabetta Verrusio a favore della Franco, a beneficio della quale condannò i suddetti signori Francese a rilasciare i beni ereditarj insieme co' frutti dal dì della morte di essa signora Verrusio.

» I signori Francese produssero le opposizioni pel motivo, tra gli altri, che la signora Franco aveva riconosciuto il testamento, di cui si tratta; giacchè in forza del medesimo aveva ella esatto un legato di ducati 240, ed un credito di ducati 260.

» Il tribunale suddetto con sentenza de' 14 gennaro 1822 rivocando la precedente contumaciale, dichiarò inammisibile la domanda della signora Franco, che condannò alle spese del giudizio. Costei ne appellò.

» La gran corte civile con decisione de' 2 dicembre dello stesso anno, senza intrattenersi sulla inammisibilità dell'azione di essa signora Franco, la rigettò, e dichiarò valido il testamento in controversia.

» La signora Franco ne ricorse alla corte suprema di giustizia, allegando 1.° di essersi violati gli articoli 972 e 1001 del cod. civ. per non essersi data lettura di tutto il testamento alla testatrice: 2.° Che si è violata la *L.* 13. *Cod. de testam.* per essersi dichiarato valido un testamento, che non è secondo le forme volute dalla legge: 3.° Che la gran corte ha supposto un impossibile, ammettendo la scrittura dopo la scrittura: 4.° Che si è violato il disposto della legge 7. §. 1. *D. de his quae ut indign. aufer. L.* 19. *D. de inoff. testam. L.* 8: *D. de pet. haer. L.* 43. 44. *D. eod.* mentre non si niega a colui che ha accettato il legato, la facoltà di attaccare il testamento di nullità: 5.° Che si son violati gli articoli 784, e 931 del cod. civ. poichè la rinuncia dell'eredità non si presume, ma deve essere espressa, e la rinuncia, che importa una donazione deve essere stipulato innanzi notajo: 6.° Che si è violata la *L.* 20, e 25. §. 3. *D. de pet. haer.* poichè quando il vizio fosse stato visibile alla signora Franco, egualmente sarebbe stato prima visibile al signor Francese, e colla sentenza, e decisione si sarebbe luogo al dolo: 7.° Che si è male applicato l'articolo 1340 del cod. civ. dacchè questo riguarda le donazioni e non mai i testamenti.

» Udito il rapporto ec. ec., ed inteso il pub. minist. che dopo aver manifestate le sue osservazioni tendenti all'annullamento della decisione impugnata, si è poi rimesso alla giustizia del collegio.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Attesocchè la signora Verrusio nell'atto che col suo testamento istituì erede il marito Antonio Francese, dichiarò, che molti acquisti, che comparivano in testa di lei, eransi fatti con danaro del marito: dichiarò nel tempo stesso di doversi pagare alla ricorrente Franco ducati 240 per credito, che rappresentava, e legò in favore della medesima la somma di ducati 260 da pagarsi allorchè si maritasse, o si monacasse, e frattanto corrispondersele l'interesse del 6 per 100: volle in fine, che si fossero dal suo erede fatte celebrare per l'anima sua ducati 100 di messe nella congregazione di S. Maria del Carmine.

» Attesocchè per effetto di tal disposizione i beni ereditarj della Verrusio passarono all'erede istituito, e quindi ai di lui nipoti Tommaso, e Salvatore Francese; d'altronde la legataria Franco riscosse da' medesimi gl' interessi del legato, ed i ducati 240 del suo credito quali eredi della Verrusio; e poi dopo cinque anni venne ad attaccare il testamento, come nullo per non essersi data lettura del testamento alla testatrice.

» Attesocchè non era quistion di vedere se si fosse letto il testamento alla testatrice avanti ai testimonj, del che non si è dubitato; ma era a vedersi se l'aggiunta dettata alla testatrice Verrusio, cioè, che restituendosi dal signor Carlo Maresca i ducati 140, il di lei erede gli avesse fatto celebrare altri ducati 20 di messe nella detta congregazione di S. Maria del Carmine, di cui nella lettura non si fece particolare menzione, potesse, o nò render nullo il testamento in disputa.

» Attesocchè una tale aggiunzione non conteneva, che una estenzione del legato delle

messe contenuto nel testamento, e del quale nel darsene lettura alla testatrice, ella ne spiegò l'ampliazione in altri ducati 20, laddove si fossero riscossi dal Maresca i ducati 140: ciò, che fà comprendere di essere l' aggiunzione suddetta legata in modo col legato de' ducati 100 di messe, che forma un appendice del legato medesimo, il quale indubitatamente fu letto alla testatrice. Ognuno comprende, che in fine del testamento fu scritto il legato delle messe; e quindi è sicuro, che nel leggersi dal notajo questa ultima parte del testamento, piacque alla testatrice di ampliarlo in altri ducati 20 qualora la divisata somma si fosse riscossa. L' aggiunzione dunque non può intendersi, come una nuova disposizione della Verrusio, di cui non essendosi data particolar lettura sia incorso il testamento nella nullità fulminata dall' articolo 963 del già cod. civile.

» Attesocchè tutto ciò intese dire la gran corte quando si fece a considerare, che nel farsi menzione della lettura del testamento, ed in continuazione della medesima, e colla particella *e* che di sua natura ha forza di congiungere ed unire insieme il discorso, fu dettata dalla Verrusio l' aggiunta suddetta.

» Se la legge vuole, che siano adoperate scrupolosamente ne' testamenti le forme prescritte, ad oggetto, che sia così assicurata la volontà de' defunti, e si allontani una frode qualunque per iscambiarla, o alterarla, la stessa legge però è quella, che non permette, che le volontà, e le leggi de' testatori restino rovesciate per via di sottigliezze, e di un mal inteso rigore, portate al dì la di quello, che la legge stessa ha disposto.

» Attesocchè se la gran corte si è incaricata espressamente nella sua decisione dell' articolo 973 dalla ricorrente invocato, ed ha creduto per le cose anzidette che non fusse applicabile al testamento della signora Verrusio; ella ha giudicato in fatto, ed ha rispettato il diritto, in vece di violarlo.

» Attesocchè essendosi la gran corte convinta, che la dichiarazione aggiunta dalla testatrice, e per il luogo ove fu scritta, e per il modo come fu concepita, non sia, che la continuazione dell' ultimo periodo del testamento, di cui fu data alla testatrice lettura; questa convizione della corte giudicatrice sfugge anche la censura della corte suprema.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna la ricorrente alle spese liquidate ec. ec. »

Nella stessa suprema corte di giustizia si esaminò il caso se espresso semplicemente dal notaro, che il testatore ha dichiarato di non poter sottoscrivere il testamento, senza indicar la causa di tale impedimento, possa tale testamento attaccarsi di nullità. A 30 giugno 1825 si decise affermativamente.

» *Fatto*. Nel dì 6 maggio 1823 il fu Gaetano Albanese dedusse, che il testamento di Antonio suo defunto fratello fatto per mano di notar Giovanni Jappelli nel 1 febbrajo di quell' anno era falso, e nullo. Falso, perchè l' apertura, ed il termine si portavan segnite alle stesse ore sei d'italia della notte del primo febbrajo 1823: in oltre perchè quando il testatore nella malattia avea dettato il testamento così lungo, non poteva ugualmente sottoscriverlo; più ancora perchè si vedeva contemplata la famiglia estranea di Cafaggi in preferenza del proprio germano; ed aggiunse, che Cafaggi frequentava la casa di esso istante, che si trovava all' estremo di sua vita, ma giammai chiamò l' assistenza de' parenti alla malattia mortale, che soffriva Antonio Albanese, così avendo annunciata la sua morte nella mattina de' 2 febbrajo 1823, disse ch' era trapassato senza testamento e raccomandava la sua superstite moglie alla contemplazione di esso istante.

» La nullità poi del testamento si faceva sorgere dal non vedersi sottoscritto dal testatore, senza essersi enunciato per quale motivo il medesimo si trovava impedito a sottoscrivere il suo testamento, per cui secondo il disposto dell' articolo 899 delle leg. civ. dovea dichiararsi nullo. Quindi fece citare Zinghelli, e Cafaggi a comparire nel tribunale civile, per sentir dichiarare la nullità di quel testamento, e rimettersi al tribunale competente per la querela di falso.

» Con altro atto poi de' 23 luglio del medesimo anno 1823 lo stesso Gaetano Albanese palesò ai convenuti, che senza pregiudizio dell' allegata falsità, intendeva prose-

guire nel tribunale civile soltanto la nullità del testamento.

» Il testamento in quistione termina nel seguente modo.

»» Il presente testamento è stato dettato a me notajo da esso testatore Antonio Albanese coi termini medesimi, che lo stesso mi ha comunicati, e tale quali » Fatto, letto, e pubblicato con chiara, ed intelligibile voce, il dì come sopra, alle dette ore sei orologio italiano nel domicilio di esso Antonio Albanese testatore anzidetto, sito in detta salita Pontecorvo n.° 49, case del detto cavaliere D. Carmine Lancellotti in uno de' retrobassi di detta di lui abitazione, e proprio nell' ultimo di essi a man sinistra, presente detto testatore Antonio Albanese, lo stesso coricato nel di lui letto sito in detto ultimo retrobasso, ed in presenza anche di Francesco Grani del fu Antonio Maestro.... domiciliato vico lungo a Pontecorvo n.° 20, Raffaele Fabiano figlio di Giosuè di condizione fruttajolo domiciliato nella detta strada salita Pontecorvo n.° 25 Aniello Rizzo del fu Francesco di condizione cantiniere domiciliato nella medesima strada salita Pontecorvo n.° 62 tutti, e quattro testimonj presenti, che godono i dritti civili richiesti ad intervenire a tale oggetto, i quali dichiarano di non essere parenti, ne affini allo stesso testatore Antonio Albanese; ma di essergli ben noto da molti anni, ed anche per le di loro rispettive abitazioni vicine suddette. »»

»» Dietro di tale lettura esso testatore Antonio Albanese ha dichiarato di averlo ben capito, e di essere stato scritto da me notajo a norma della cennata di lui volontà, ed a seconda, che me l'ha comunicata, il tutto come sopra espressato: quindi si è venuto alla sottoscrizione, meno che di esso testatore Antonio Albanese, che ha dichiarato di non poter scrivere, ed ha giurato. »»

» Il tribunale con sentenza contumaciale de' 18 agosto 1823 confermata con altra delli 11 settembre dello stesso, in grado delle opposizioni di Cafaggi dichiarò nullo il testamento di Antonio Albanese, ed in conseguenza dichiarò aperta la di lui successione intestata.

» Questa sentenza fu basata sulla considerazione, che le opposizioni relative alla nullità del testamento, contra la espressa lettera della legge vorrebbero far sorrogare alle nullità degli equipollenti.

» Avverso di questa sentenza fu prodotto, appello, da Cafaggi, e Zinghelli, dicendosi, che il motivo, per lo quale il testatore Antonio Albanese non sottoscrisse il testamento era a ribocco menzionato, ed il tribunale non aveva voluto intenderlo. Nel testamento era detto, che il testatore era gravemente infermo, giacente in letto, che non potea sottoscrivere; e che ciò pienamente soddisfacea il voto della legge.

» Indi con atto de' 9 luglio 1824 furono spiegati in sostegno dell' appello li seguenti altri motivi.

» 1.° Il notajo stipulatore del testamento di Antonio Albanese avendo fatto dichiarare dal testatore, che non potea sottoscrivere il testamento, si era perfettamente uniformato al disposto della legge.

» 2.° Che l'articolo 899 doveva essere applicato nel suo spirito, e non già nelle parole.

» 3.° Che lo stesso articolo dev'essere applicato coll' articolo 927 delle leggi civili.

» 4.° Che per disposizione di questo articolo 927 si dovea applicar nella causa l'articolo 15 del regolamento sul notariato, al quale avea obbligo di uniformarsi il notaro Jappelli, come vi si era uniformato.

» La gran corte civile dietro diverse considerazioni, ed adottando quelle de' primi giudici per la stretta letterale intelligenza dell' articolo 899 delle leggi civili, rigettò l'appello con decisione de' 12 luglio 1824.

» Di questa decisione han chiesto l'annullamento Cafaggi, e Zinghelli con ricorso accompagnato da' fedi d'indigenza per li seguenti tre mezzi.

» Col primo si sostiene violato, e malamente applicato dalla gran corte civile l'articolo 899 delle leggi civili; poichè se questo prescrive, che laddove il testatore dichiari di non sapere, o di non poter scrivere, si debba fare nell' atto espressa menzione della sua dichiarazione, e della causa dell' impedimento: appare dal testamento di Antonio Albanese, che il notaro espresse sufficientemente la causa dell' impedimento. 1. Col-

l'aver dichiarato il testatore di non poter sottoscrivere: 2.° Che lo stesso era coricato a letto 3.° Di averlo trovato infermo 4.° Di essere ciò avvenuto a notte piena in ora, che non si chiamano notari, se non per casi urgentissimi, come fu quello del testatore Albanese, che alle dodici poi morì; e che il dire, che un moribondo non ha potuto sottoscrivere, indica in termini espressi la causa dell'impedimento, cioè lo stato della sua impotenza, e debolezza.

» Col secondo mezzo si dice violato l'articolo 15 del regolamento sul notariato, ov'è scritto che se le parti, o alcuna di esse non sanno, o non possono scrivere, il notajo deve far menzione in fine dell'atto della loro dichiarazione, e de' motivi addotti; cosicchè questo articolo ripete in modo più benigno la disposizione dell'articolo 827 parlando del motivo addotto dal testatore, e non già della causa, che lo impedisce. Da ciò ricavano i ricorrenti la differenza, che vi è tra la causa, che impedisce di sottoscrivere, ed il motivo addotto dal testatore a non sottoscrivere, poichè nel primo caso deve il notaro palesare la causa dell'impedimento, e nel secondo poi deve soltanto ripetere il motivo addotto.

» Finalmente col terzo mezzo si dice violato l'articolo 927 delle leggi civili, per aver la gran corte ammessa la dottrina delle parole, ed esclusa quella degli equipollenti, mentre da questo articolo appare la preeminenza, che le nuove leggi accordano alla causa testata sulla intestata, e si è allontanata la gran corte dalla giurisprudenza della corte suprema, e degli scrittori.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Andrea Gicca pei ricorrenti, e D. Saverio Biondi pei convenuti; ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso: visti gli articoli 899 e 927 delle leggi civili, e gli articoli 15. 22, e 26 del regolamento sul notariato; e finalmente l'articolo 595 di procedura. »»

» Considerando, che nell'articolo 899 della sezione prima sotto il capitolo V. delle disposizioni testamentarie parlandosi del testamento per atto pubblico è prescritto. »» Questo testamento debb'essere sottoscritto dal testotore, e firmato in ogni foglio. Se egli dichiara di non sapere, o non poter scrivere, si farà nell'atto espressa menzione della sua dichiarazione, del pari che della causa, che lo impedisce di sottoscrivere.

» Considerando, che nell'articolo 927 della 2. Sezione del medesimo capitolo è scritto: »» Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti, in forza delle disposizioni della presente, e della precedente sezione debbono osservarsi sotto pena di nullità tranne le seguenti eccezioni. »»

»» 2.° Se sia omessa qualche solennità richiesta dal regolamento notariale, alla cui mancanza, secondo lo stesso regolamento, non è annessa pena di nullità. »»

»» Considerando, che nell'articolo 15 del suddetto regolamento è scritto così » Se le parti, o alcuna di esse non sanno, o non possono scrivere, il notaro deve far menzione in fine dell'atto della loro dichiarazione de' motivi addotti. »»

» Considerando, che nell'articolo 26 dello stesso regolamento si legge poi: »» La contravvenzione alle disposizioni degli articoli 6 9 10 14 15..... porta la nullità dell'atto, ed il notajo è punito colla multa di ducati 15 per ogni atto. »»

» Considerando, che dovea dunque il notaro stipulatore del testamento di Antonio Albanese in fine dell'atto far menzione cumulativamente sotto pena di nullità della dichiarazione, e de' motivi addotti dal testatore, pe' quali non potea scrivere.

» Considerando, che il detto notaro terminò l'atto colle seguenti parole. »» Quindi si è venuto alla sottoscrizione, meno che di esso testatore Antonio Albanese, che ha dichiarato di non poter scrivere ed ha giurato. »»

» Considerando, che in espressa contravvenzione della legge non s'incaricò il notaro di spiegare il motivo addotto dal testatore per non poter sottoscrivere.

» Considerando, che la sola dichiarazione di non poter sottoscrivere, senz' allegarne il

motivo, può avere il doppio significato, cioè, o di essere impotente il testatore a scrivere, o di non poter sottoscrivere, perchè non era quella la sua volontà, qual cosa poteva facilmente essere dal vedersi nel testamento contemplati gli estranei, e non il proprio fratello.

» Considerando inoltre, che l'aggiunzione, *ed ha giurato* nemmeno giova, si perchè poteva ancora il testatore aver giurato di non esser quella la sua volontà, e si perchè per lo disposto nell'articolo 22 dello stesso regolamento sul notariato è vietato di deferire alle parti il giuramento promissorio, o di apporre nel rogito la clausola *pro jurato*, o altra equipollente, eccettuato il caso, in cui il giuramento sia prescritto dalle leggi per la validità, o regolarità dell'atto.

» Considerando in fine, che per lo disposto nell'articolo 595 delle leggi di procedura, se la suprema corte rigetta il ricorso, la parte succumbente dev'essere condannata alle spese del giudizio.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso, e condanna i ricorrenti alle spese liquidate in ducati dieci, oltre il costo della spedizione. »

Dall'abolita nostra corte di cassazione a dì 14 giugno 1811 fu deciso, che ogni difetto di forme esteriori in un testamento resta sanato, se coloro, che potevano aver dritto ad impugnarlo fossero venuti a transazione su di ciò che conteneva il testamento medesimo.

» *Fatto*. Suor Margarita Musitano di Reggio nel dì 14 luglio 1772 fece testamento chiuso, che indi fu aperto nel dì 15 maggio 1783 innanzi alla corte bajulare di Reggio.

» Dietro l'apertura seguitane rilevossi, che avea la testatrice scritti eredi Gio: Rodino, Paolo, Giuseppe, suor Margarita Teresa, e suor Maddalena Musitano; che avea ella ordinato di voler il suo testamento come nuncupativo, e come codicillo; che avea ella sottoposto a fedecommesso tre giardini, siti in contrada Monserrato, S. Anna, e S. Maria delle Grazie, al cui godimento avea invitato suor Margarita Teresa, e suor Maddalena Musitano con reciproca sostituzione fra esse due, e col peso di una messa quotidiana nel conservatorio di S. Francesco Sales, di mantenervi la più stretta parente per educanda, e di farvi celebrare quattro anniversarj; che avea ella ordinato, che l'ultimo moriente avesse dichiarato il godente di tal fedecommesso; che non facendosi tal nomina, chiamò ella il sacerdote più vecchio della famiglia Musitano; e che questi non essendovi, chiamò la stessa testatrice il laico più vecchio della famiglia, concedendo loro la facoltà di nominare anche una donna fuori della famiglia.

» Questo testamento fu impugnato da Antonino, Violante, Maria, ed Elisabetta Rodino per difetto di solenni, e per mancanza della firma del notaro nell'atto della chiusura.

» La lite terminò con due transazioni: la prima fatta nel dì 13 marzo 1787 colla erede scritta Margarita Teresa Musitano, la quale pagò loro ducati 200, la seconda nel dì 16 febbrajo 1789 con Gio: Rodino. La erede Margarita Teresa sostenne il testamento, ed i Rodino dichiararono non esser vero il testamento, e confessarono esser la testatrice analfabeta.

» Nell'anno 1795 Margarita Teresa Musitano alienò a favor di Carlo Guarna il giardino sito nella contrada S. Anna, sottoposto fra gli altri al fedecommesso per ducati 820. Margarita Teresa Musitano morì nell'anno 1796 con testamento nuncupativo fatto nel dì 12 maggio di quell'anno. Ella istituì suo erede l'Arcivescovo di Reggio, come gentiluomo, non come chiesastico; proibì l'alienazione de' suoi beni; ordinò distribuirsi i frutti in ogni anno dall'erede scritto per limosina alle persone notate in un foglio chiuso, suggellato, e conservato in detto testamento; avvalendosi della facoltà datale da Margarita Teresa seniore per la chiamata al fedecommesso di tre giardini, nominò lo stesso Arcivescovo; dichiarò la vendita di uno de' tre giardini fatta a Guarna, ed impose all'erede di non contrastarla; ed ipotecò a favore di detto Guarna lo stabile nominato *la chiusa* in contrada del Gallico.

» La eredità di suor Margarita Teresa juniore fu dedotta nell'abolita Vicaria civile dal canonico signor Giuseppe Logoteta, e da altri congiunti. Apertosi il foglio, si rinvenne un secondo foglio colla firma di Margarita seniore, ed entrambi i detti fogli furono esibiti alla Vicaria. Quivi si aprì un giudizio di

nullità del testamento di Margarita Teresa juniore, impugnandosene la disposizione, come contraria alle leggi di ammortizzazione. I beni creditarj furono annotati, e consegnati a terza persona; mentre il Vicario capitolare a nome dell'Arcivescovo se ne trovava in possesso.

» I contendenti si convennero con privata dichiarazione.

» Il Vicario capitolare, e la superiora delle Salesiane promisero di non far parte in giudizio dietro la promessa del pagamento di ducati 2000 lor fatta da quei, che impugnarono il testamento, laddove si desse luogo alla intestata successione; se poi la disposizione sovranamente si approvasse, gli eredi promisero dare ducati 2000 a'venienti *ab intestato*.

» La Vicaria civile nel dì 22 settembre 1797 dichiarò nullo il testamento di Margarita Teresa juniore, e nel dì 3 marzo 1798 spedì il preambolo *ab intestato*, e diede i beni a Teresa Aurati, Diego, Gio: Matteo, Giuseppe, e Teresa Logoteta, ed aprì il termine sulla dimanda del conservatorio di S. Francesco Sales, che chiedeva li ducati 2000 in virtù della convenzione.

» Il signor Giuseppe Musitano con istromento de' 22 maggio 1802 asserendo appartenergli il fedecommesso de' tre giardini per esser il più vecchio della famiglia Musitano, e di non aver la erede istituita Margarita Teresa juniore nominato il successor fedecommessario, donò per atto tra vivi tutt' i suoi dritti, ed azioni sù li tre giardini alla signora Giuseppa Musitano sua cugina, con facoltà di rivendicarli dagli eredi intestati di Margarita Teresa juniore, e coll' obbligo dell' adempimento de' pesi annessivi. Per effetto di tal cessione la corte bajulare di Reggio spedì la spettanza de' giardini in favore di Giuseppe Musitano. Si dolsero di tale spettanza alla Vicaria civile il canonico Logoteta, e la signora Maria Marchese vedova di Guarna. Ma la Vicaria civile, dietro un termine compilato nel dì 26 aprile 1805 confermò la spettanza, e condannò i detentori de' giardini al rilascio in favor della Musitano insiem co' frutti dal dì della morte di Margarita Teresa juniore.

» I detentori Logoteta, e Marchese produssero appello all' abolito tribunale del S. R. C. Questo appello dopo diversi atti, ed interlocuzioni con cui tra le altre cose fu diffinitivamente giudicato nel dì 28 giugno dello scorso anno 1810 dalla corte di appello sedente in Napoli la quale annullò l'appellazione prodotta dal canonico Gio: Matteo Logoteta, non che l'atto, di cui era appello, e senza tener conto dell' eccezioni proposte dal patrocinatore del signor Diego Mari Logoteta in essa corte, con novella decisione dichiarò, che i giardini posti in Reggio, e soggettati a particolar fedecommesso da suor Margarita Musitano seniore col testamento de' 14 luglio 1772 spettassero alla signora Maria Giuseppa Musitano in virtù del citato testamento, e della nomina in di lei persona fatta dal sacerdote signor Giuseppe Musitano in maggio 1802 confermata, e rattificata dal laico signor Felice Musitano, e con pubblico atto de'23 aprile 1808, ed innanzi di essa corte, insiem co' frutti dal dì della morte di Margarita Teresa Musitano juniore. Ordinò, che tolto il sequestro la signora Giuseppa fosse immessa nel possesso de' detti tre giardini, e che tanto i detentori sino al dì del sequestro, quanto i consegnatarj dal sequestro in poi, e fino a che ne fosse dato il possesso alla signora Maria Giuseppa Musitano, pagassero in beneficio della medesima l'importo de' frutti da liquidarsi a norma della legge dal tribunale civile di Monteleone. Rigettò le pretenzioni dedotte contra la stessa Maria Giuseppa Musitano, relative a' crediti descritti nella relazione fatta in adempimento degli ordini del S. R. C. de' 20 settembre 1808, ed ordinò, che per la medesima per tali pretenzioni non fosse molestata. E condannò l'appellante a tutte le spese della lite.

» Contro di tal decisione si provvidero di ricorso per cassazione i signori Gio. Matteo, e Diego Mari Logoteta assumendo 1.° Che si era violato il rito, perchè si era inteso lo stesso procuratore che trovavasi costituito da esso Gio: Matteo nè vecchi tribunali, senza essersi dato ascolto alle repliche dello stesso procuratore, che insisteva di notificarsi il suo principale 2.° Che si era la decisione defini-

tiva pronunciata in contumacia de' supposti patrocinatori di esso Gio. Matteo, e di Maria Marchese, senza precedere la riunione delle contumacie prescritta dall' articolo 153 del cod. di procedura, e praticata dalla stessa corte di appello in una precedente interlocutoria decisione: 3.° Che non fu inteso il pub. minist. a' termini dell' articolo 83 del cod. di procedura, trattandosi della invalidità di una disposizione testamentaria, dell' interesse di un pubblico stabilimento di beneficenza, e di legato fatto a' poveri: 4.° Che trattandosi di successione aperta in Reggio di Calabria essendo colà siti i beni, ed appartenendo i litiganti a quel luogo, la corte di appello di Napoli era incompetente: 5.° Che contra l' articolo 283 del cod. di procedura si era la causa definitivamente decisa sù di un certificato del sindaco, e del decurionato di Reggio dati a sospetto: 6.° Che si era data esecuzione al testamento di suor Margarita Musitano seniore, tuttocchè mancante di esterne solennità contra la *L.21. Cod. de legatis.* 7.° Che essendo per legge nulla la chiamata del successore in persona incerta, nulla era in conseguenza la decisione che avea dato luogo a tal chiamata: 8.° Che doveva aver luogo la nomina fatta da Margarita juniore, in persona dell' Arcivescovo di Reggio, come gentiluomo, e non già come arcivescovo: 9.° Che secondo la legge abolitiva de' fedecommessi Maria Giuseppa Musitano non avea dritto nè alla totalità, nè alla metà de' beni fedecommessati, ed avendovi il dritto dovea pagare i debiti ipotecarj contratti prima di tal legge.

» La signora Maria Musitano vedova del fu signor Carlo Guarna con altro ricorso intimato, e presentato nel dì 28 maggio del corrente anno 1811 inerì al suddetto precedente ricorso.

» Udito il rapporto: intesi il signor Luigi Pepe patrocinatore de' signori Gio: Matteo, e Diego Mari Logoteta, il signor Francesco Antonio Trimarco patrocinatore della signora Maria Marchese, ed il signor Vincenzo Corbi patrocinatore della signora Giuseppa Musitano, ed inteso il regio procurator generale Poerio nelle sue verbali conclusioni, colle quali ha chiesto rigettarsi il ricorso de' fratelli Logoteta, con liberarsi in beneficio del regio tesoro il deposito da essi fatto, e dichiararsi irricettibile il ricorso della signora Maria Marchese con restituirlesi il deposito.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio in continuazione della seduta de' 5 del corrente giugno.

» Vista la decisione: visti li suddetti due ricorsi per cassazione.

» Facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Considerando, che i procuratori costituiti da' fratelli Logoteta ne' vecchi tribunali proseguirono la difesa nella corte di appello di Napoli con consenso espresso, e speciale de' loro principali, che li autorizzarono a dare il consenso, perchè la causa si proseguisse nella corte di appello di Napoli.

» Considerando sul motivo di non essersi nella presente causa inteso il pub. minist. che oltre di non esser ciò motivo di cassazione prima del ricorso civile nella causa fra detti Logoteta, e la signora Maria Giuseppa Musitano, non concorreva veruno de' casi contenuti nell' articolo 83 del cod. di procedura per cui dovesse farsi comunicazione al pub. minist.

» Considerando, che essendosi la corte dichiarata competente dietro il consenso delle parti, e tale dichiarazione non essendo stata impugnata non può la susseguente decisione deffinitiva essere impugnata per motivo d' incompetenza, poichè non vi è incompetenza per ragion di materia, ed osta il giudicato.

» Considerando non esser mezzo di cassazione la qualità della prova prodotta dalla Musitano nella corte di appello, con certificato del sindaco, e decurioni di Reggio circa l' esistenza della persona più anziana laica della famiglia Musitano; poichè la estimazione delle pruove appartiene esclusivamente al giudice del fondo.

» Considerando inoltre non potersi da' fratelli Logoteta impugnare la validità del testamento di Margarita Musitano seniore, essendosene confermata la validità con transazione fatta da Margarita Musitano juniore, di cui essi fratelli Logoteta sono eredi.

» Considerando, che la disposizione di detta Margarita seniore di doversi dal possessore de' tre giardini nominare il successore, e non

nominandolo rimanesse nominato il sacerdote seniore della famiglia Musitano, non incontra l'ostacolo di alcuna legge.

» Considerando, che i ducati 600 pagati da Margarita Musitano juniore per causa di detta transazione non possono ripetersi contra il prelegatario, e fedecommessario particolare quando non costa da solenne inventario, che i beni ereditarj siano stati insufficienti a potersi l'erede rinborzare di ciò, che ha speso per l'acquisto della eredità.

» Considerando, infine, che i frutti sottoposti ad opere pie doveasi al fedecommersario dal giorno della successione coll'obbligo di adempire al peso di dette opere, e che la corte di appello in ciò non ha variato da quel che avea giudicato la Vicaria, la quale avea deciso doversi i frutti dal dì della morte di Margarita Musitano juniore, ed in conseguenza non vi era motivo di compensar le spese, oltre di essere la compensazione delle spese rimesse dalla legge al discernimento, e potestà del giudice ordinario, e non formare perciò oggetto di cassazione.

» Per tali considerazioni la gran corte rigetta il ricorso de' detti fratelli Gio: Matteo, e Diego Mari Logoteta, ed ordina di liberarsi il deposito al regio tesoro.

» Considerando poi rapporto al ricorso prodotto dalla signora Maria Giuseppa Marchese 1.° Che il detto ricorso si è prodotto trascorsi i tre mesi dal dì della notifica della decisione deffinitiva della corte di appello a lei fatta a persona, o domicilio, come costa dalle sue opposizioni prodotte in atto di detta notifica: 2.° Che non vi è luogo a ricorso in cassazione fino a che può farsi uso dell' altro rimedio legale avanti la stessa corte di appello, e che avendo la detta corte con precedente decisione del dì 7 settembre 1809 messo la signora Marchese fuor di causa, dividendo il giudizio della spettanza contro gli eredi del gravato dal giudizio di revindica contro al terzo possessore, e dicendo, che la corte procedesse in quello, perchè la signora Marchese non vi aveva interesse, e in conseguenza fin da quel punto il patrocinatore della Marchese cessò dalle sue funzioni, onde la riunione di contumacia posteriormente intimata al detto patrocinatore, che avea cessato dalle sue funzioni, e la decisione deffinitiva fatta in seguito, si sono profferite senza appellar legittimamente la parte, per cui può esservi luogo alla terza opposizione per l'articolo 474 del cod. di procedura per la quale il detto codice non prescrive verun fatale.

» Per le dette ragioni la gran corte dichiara il ricorso della signora Maria Giuseppa Marchese non ricettibile, ed ordina di restituirsele insiem col deposito, salvo alla medesima di provvedersi colla terza opposizione, se vi è luogo, nella stessa corte di appello ec. »

Finalmente nella corte di cassazione di Parigi si agitò la questione se possa dichiararsi valido il testamento in cui si è fatta menzione della sottoscrizione del testatore, quantunque non l'abbia egli sottoscritto per essere stato impedito. A 21 luglio 1806 si decise per l'affermativa.

» *Fatto.* Giovanni Battista Hazard fa davanti un notajo e quattro testimonj un testamento col quale istituisce Zoë Gruet, sua nipote, legataria di tutte le sue terre aratorie: questo atto termina così: » ed il detto testatore si è sottoscritto unitamente a me notajo che ho scritto il testamento per intiero, ed i testimonj soprannominati, tanto in fine della minuta originale delle presenti che in piè di ciascuna di esse, di che ne ho dato atto. E all'istante il detto Hazard avendo provato di firmare, ci ha dichiarato che la sua malattia e la sua debolezza gl'impedivano di poter firmare. »

» Dopo la morte del testatore, il suo fratello impugna il testamento, e sostiene che le due enunciazioni che terminano quest'atto si contraddicono; che per la loro contraddizione si distruggono tra loro; che quindi il testamento non ha ricevuta tutta la sua perfezione.

» Sentenza del tribunale di prima istanza di Bar-sur-Seine che ordina la esecuzione del testamento.

» In grado di appello, la corte di Parigi conferma questa sentenza. »

» Considerando, che non è una contraddizione nel testamento l'avere enunciato prima che il testatore che sapeva scrivere, che si credeva in istato di farlo, *avea sottoscritto*, e di aver detto in seguito che dopo aver

provato di sottoscrivere, non avea potuto a causa della sua debolezza. »

» L'erede ricorre in cassazione, e sostiene che l'articolo 973 (899) del codice civile è stato violato.

» Secondo questo articolo, egli dice, il testamento dev' essere firmato dal testatore; e se egli dichiara di non sapere o di non poter firmare, deve farsi nell'atto menzione espressa della sua dichiarazione, come della causa che lo impedisce di firmare.

» Quindi, due parti distinte nella disposizione della legge: o sottoscrizione del testatore, o menzione espressa della dichiarazione da lui fatta che non sa o non può firmare, e della causa che lo impedisce di farlo.

» Ma nè può nè dev'esservi soprattutto la doppia enunciaziona e della sottoscrizione e della mancanza di sottoscrizione, cioè del fatto stesso, e della non esistenza del fatto. Queste due cose sono inconciliabili; esse implicano contraddizione; coll'averle enunciate nello stesso atto, non solamente si è commesso un errore di redazione, ma si è violata la legge, la quale non vuole che due cose Incompatibili sembrino concorrere, ma vuole che l'una delle due sia legalmente attestata.

» Quando un notajo scrive un testamento sotto le dettatura del testatore, deve, prima di chiuderlo, chiedere al testatore di firmarlo, o di dichiarare che non sa scrivere, o non può scrivere. Non è che dopo questa interpellazione ch'egli termina il suo atto coll'una o l'altra delle due menzioni che la legge ha ammesso.

» Qui l'atto è stato terminato colla menzione della sottoscrizione, ed è rimasto imperfetto e nullo per la mancanza della annunziata sottoscrizione.

» Questo vizio non ha potuto essere sanato da una enunciazione posteriore e contraria alla prima, quando si lasciava sussistere questa prima che distruggeva l'altra.

» Ed ancorchè non si dovesse considerare che l'ultima, essa non basterebbe per completare il testamento, perchè essa stessa è incompleta e nulla. Affinchè fosse valida, bisognerebbe che contenesse, come la prima, la menzione della sottoscrizione de' testimonj. Ma questa menzione non è stata ripetuta: essa non può dedursi da quella fatta nella prima dichiarazione, poichè questa prima dichiarazione è nulla, e deve considerarsi come non avvenuta. Essa manca dunque nel testamento, ed in conseguenza il testamento è nullo. »

» La corte di cassazione, sopra rapporto del signor Doutrepont

» Considerando, che è nell'ordine naturale che quando il testatore e i testimonj dicono voler firmare il testamento, il notajo dichiara che hanno firmato, quantunque le sottoscrizioni non susseguano questa dichiarazione; che se il testatore dichiara posteriormente che la sua malattia e la sua debolezza gl'impediscono di firmare, il notajo può e dee dirlo nell'atto, e non avvi in ciò alcuna specie di contraddizione.

» La corte rigetta.... »

» §. 11. Il testamento debbe essere sotto» scritto da' testimonj, ed anche in ciascun » foglio: tuttavia nelle campagne basterà che » sia sottoscritto da uno de' testimonj, se il » testamento si è ricevuto da due notari; e » che sia sottoscritto da due de' quattro testi» monj, se si è ricevuto da un notajo solo. » *Art.* 900. *Leg. civ.*

» Da questo articolo, osservano gli autori delle pandette francesi, segue che il numero de' testimonj necessarj per la formazione del testamento solenne è sempre lo stesso in qualunque luogo il testamento venga ricevuto sia in città, sia in campagna, qualunque sia la qualità delle persone a pro delle quali si dispone, siano parenti, siano estranei. Quindi non si dee più fare attenzione allo stabilimento delle leggi romane, le quali permettevano d'impiegare un minor numero di testimonj quando il testamento era fatto in campagna, o a favore degli eredi presuntivi. *L.* 31. *Cod. de testam.*

» Non vi è altra eccezione che riguardo alla soscrizione de' testimonj; poichè nelle città essa si richiede da tutti costoro in modo, che chi non sa scrivere è incapace di questo officio: ma nelle campagne, ove più infrequente è la istruzione, la metà de' testimonj può essere di persone ignare dallo scrivere. È necessario però, che l'altra metà possa sottoscrivere.

» Bisognerà mentovare che coloro i quali non han firmato erano presenti, e che hanno dichiarato non poter sottoscrivere?

» L'affermativa non dee porsi in dubbio. Si argomenterebbe molto male dal silenzio della legge su questo riguardo; giacchè ella si è abbastanza spiegata negli articoli precedenti. Richiede essa quattro testimonj? dunque deesi esprimere che il suo voto è stato soddisfatto: prescrive inoltre la soscrizione del testatore, e de' testimonj? dunque deesi enunciare perchè mai coloro i quali non hanno sottoscritto non l'abbano potuto fare nel caso della eccezione. *Osservaz. all' art.* 974 *del cod. civ.*

Cosa inoltre bisogna intendere per campagna in questo articolo?

Toullier dice » che tutto ciò che non è città o borgo debb' essere considerata come campagna. Un villaggio o un casale dipendente, ma lontano da una città, è considerato come campagna; perchè sarebbe spesso difficile di trovarvi molte persone che sappiano sottoscrivere. Non basterebbe che un comune avesse un'amministrazione municipale, per impedire di essere considerato come campagna. Un arresto della corte di Torino de' 23 maggio 1810 ha giudicato che un comune di trecento abitanti, in cui vi era una municipalità, poteva in quanto riguarda la necessità della sottoscrizione de' testimonj testamentarj, essere riguardato come campagna. Però vero che la sua popolazione non era riunita, ma divisa in cinque diversi casali. *Toullier. Corso di dritto civ. Tomo* 5.*n.*445.

In riguardo alla sottoscrizione da eseguirsi da due de' quattro testimonj Delvincourt osserva, che

» Ciò non vuol dire se tutti i testimonj sappiano sottoscrivere, basterà che firmi la metà di essi, poichè allora il testamento sarebbe nullo, ma significa che basta che la metà de' testimonj sappia sottoscrivere. Quindi stimo che nel caso in cui non firmano tutti, debbasi a pena di nullità far menzione della causa che loro vieta di sottoscrivere. Argomento tratto dall'articolo 998 (924) *Delvicourt. Corso di cod. civ. nota* 201 *al tit.* 4. *Tomo* 5.

» §. 12. Ne' testamenti per atto pubblico » non potranno ammettersi per testimonj nè » i legatarj qualunque sia il loro titolo, nè » i loro parenti o affini sino al quarto gra» do inclusivamente, nè gli ajutanti dei notaj » dai quali i testamenti saranno ricevuti. *Art.* » 901. *Leg. civ.*

Viene espressamente interdetto riceversi per testimoni i legatarj, qualunque sia il loro titolo, cioè, riflette Delvincourt, universali, a titolo universale, o particolare. Sono anche di avviso che questa disposizione sia applicabile a tutti coloro che *aliquid commodi sentiunt ex judicio defuncti.* Per esempio se una disposizione fosse concepita ne' seguenti termini: » Io do e lego la mia casa a Pietro, col peso di dover dare mille scudi a Paolo: » penso che nè Pietro nè Paolo possano far da testimonj. Poichè se noi supponiamo che Pietro non raccoglie il legato per esser morto prima, o per aver rinunziato, la successione del testatore nella di cui massa ricade la casa sarà obbligata di pagare li mille scudi a Paolo. Paolo è dunque il vero legatario.

» *Quid*, se il legato era puramente rimuneratorio, il legatario potrebbe fare da testimone? Mi sembra che debba farsi distinzione; se i servizj eran tali da produrre azione in giudizio, e che il legato non eccedesse ciò che potrebbe ragionevolmente dimandarsi, allora non essendo l' individuo veramente legatario, non è compreso nella proibizione. *Secus* nel caso contrario, e quando anche i servizj fossero di natura a produrre una obbligazione naturale; poichè allora vi è legato, giacchè, *plus est in legato quam in debito.* Il debito non dava azione, ed il legato ne dà una.

» *Quid*, se è stata legata una somma ad un ministro del culto per essere impiegata per intero ad opere di beneficenza determinate dal testamento, questo ministro potrebbe far testimonio? Io penso che sì, e soprattutto se è stato designato di una maniera generale; per esempio se si fosse detto: « Io dò al Curato della parrocchia, ec. » In tali casi non è egli propriamente parlando il legatario. Così fu giudicato in cassazione gli 11 settembre 1809 (Sirey 1809 prima parte pag. 417).

» *Quid*, se vi ha interposizione di perso-

ne, cioè se è dimostrato che un legato che sembra fatto ad un terzo sia veramente fatto a pro del testimonio? L' articolo è applicabile, ed il testimonio è nullo. È lo stesso se la disposizione è simulata; *puta* se sia fatta sotto la forma della riconoscenza di un debito, privo di qualunque altra pruova o indizio.

» *Quid*, se uno de' testimoni è nominato esecutore testamentario? Se il testamento non contiene altra disposizione in suo favore è valido, diversamente è nullo. Deve dirsi lo stesso se un padre abbia nominato uno de' testimoni tutore dei suoi figli, o consulente della tutela.

» Si osservi inoltre che se uno de' testimoni sia legatario, o parente di uno de' legatarj il testamento è interamente nullo, e non per la sola disposizione fatta a pro del testimone In fatti, mercè la incapacità pronunziata dalla legge questo testimone deve considerarsi come non esistente, ed allora si trova essere il numero de' testimoni sufficiente. Dietro questo ragionamento, se vi si trovasse un testimonio oltre il numero indicato dalla legge il testamento sarebbe valido. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5. *nota* 218 *al tit.* 4.

Nella corte imperiale di Caen a 4 dicembre 1812 fu deciso che il domestico del legatario può esser testimone in un testamento pubblico.

» *Fatto.* Nel 17 aprile 1812 fu fatto un testamento con atto pubblico a favore di Dionigio Lejoie, e Marianna Leferne sua moglie, al quale testamento assistè come testimone un individuo cognominato Lebreton, domestico de' legatarj;

» Luigi Simone, e Rosa Lorieult eredi del testatore poggiati sugli articoli proibitivi 14, e 68 della legge del 25 ventoso anno 11 sul notariato, ne dimandarono la nullità, ed essa fu pronunziata da una sentenza del tribunale civile di Lisieu, del 27 agosto 1812. Sull'appello de' legatarj si è pronunziata la seguente decisione, nella quale sono indicati i motivi, che si sono addotti dall'una parte, e dall' altra.

» *Decisione* — *Quistione* — Il testamento Bougon, del 7 aprile 1812, fatto con atto pubblico in favore de' conjugi Lejoie dovea, o pur nò essere annullato, sul motivo, che Giacomo Lebruton, uno de' testimonj chiamati per figurare in questo testamento era servitore de' legatarj?

» Sulla qual cosa, la corte, inteso il signor Piquet, avvocato generale, nelle sue conclusioni (contrarie).

» Considerando, che la legge del 25 ventoso anno 11 ha stabilito delle regole generali sulla forma, e sulla sostanza degli atti, che si fanno innanzi al notajo; che in conseguenza le formalità prescritte per la validità degli atti sono applicabili a' testamenti in tutte le disposizioni, alle quali non si è derogato dalle disposizioni di una legge posteriore.

» Considerando, che il codice civile nel cap. 5 lib. 2 riguardante le disposizioni testamentarie, ha anche fissato delle regole generali sulla forma de' testamenti;

» Che la osservanza di queste regole in tutt' i punti, su i quali il legislatore si è spiegato con disposizioni speciali, basta per costituire la validità di un testamento, quando è d' altronde regolare nella sua forma sostanziale; che aggiungendo alle formalità specialmente regolate dal codice, delle altre, che si vanno ad attingere nelle disposizioni di una legge anteriore, e supponendo, che debbono essere osservate a pena di nullità, è lo stesso, che creare delle nullità per via d' induzioni, e di argomenti; mentre la legge vuole, che le nullità sieno formalmente espresse nel suo testo.

» Considerando, che il codice avendo fissato i gradi di capacità per disporre, e per ricevere le sue disposizioni sono applicabili a' testatori, ed a' legatarj; che si avvera lo stesso riguardo a' testimonj chiamati; che le regole relative alla capacità ed alla incapacità de' testimonj, sono determinate dalle disposizioni formali specialmente espresse negli articoli 975, e 980 (901 e 906) del codice civile, - Che l' articolo 975 ha fissato le esclusioni, che colpiscono coloro, che non possono funzionare da testimonj nè testamenti pubblici, e che l' articolo 980 ha benanche indicato formalmente le condizioni della capacità, e della idoneità de'testimonj.

» Considerando, che fissando un' attenzione particolare alle diverse disposizioni, che formano l'insieme, e che costituiscono la economia di queste regole specialmente stabilite pe' testamenti, si dee scorgere ch' esse formano un corpo particolare di legislazione, sulla sostanza, e sulla forma di questi atti, che appartengono al codice civile; che il ricorrere alle disposizioni della legge del 25 ventoso, per paragonarle cogli articoli del codice sulla capacità, e la incapacità de' testimonj, è lo stesso, che voler conciliare delle cose perfettamente inconciliabili; - Che infatti la legge del 25 ventoso ha voluto, che due testimonj intervenissero negli atti de' notaj; mentrecchè la legge ha chiesto il concorso di quattro testimonj per la validità de' testamenti: Che la prima ha esatto per condizione della capacità de' testimoni chiamati negli atti de' notaj, che fossero cittadini francesi, ed in conseguenza forniti de' dritti politici, mentrecchè il codice, art. 980 ha voluto che i testimonj impiegati ne' testamenti godessero solamente de' dritti civili, ciocchè costituisce una latitudine infinitamente maggiore per la scelta di questi ultimi.

» Considerando, che la esclusione de' giovani de' notai da' quali sono ricevuti i testamenti, viene espressamente pronunziata nell' art. 985 (921) del codice; che questa esclusione è un raggio di luce, il quale dimostra, che non bisogna ricorrere alla legge del 25 ventoso sulla incapacità de' testimonj impiegati ne' testamenti, perchè questa legge anche escludeva i giovani de' notaj istrumentarj degli atti; - Che il legislatore, tanto è vero, che ha riconosciuto, ch' egli introduceva un dritto nuovo a questo riguardo, che ha voluto farne una disposizione espressa proibitiva nella legge sui testamenti, mentrechè non ha pronunziata alcuna esclusione pe' servi de' legatarj, i quali, come i giovani de' notaj, erano espressamente esclusi dalla legge del 25 ventoso; - Che non può immaginarsi, che siavi nel codice lacuna, o vizio di redazione, quando la volontà del legislatore è così accuratamente espressa;

» Considerando che questa formale esclusione de' giovani de' notaj, ed il silenzio della legge su quella de' servi de' legatarj combinato colle disposizioni dell' art. 980 del codice, costituiscono una deroga evidente alle disposizioni dell' art. 10 della legge del 25 ventoso anno 11 relativamente a' servi:

» Considerando, che questi principj sono consoni colla dottrina dell' oratore del tribunato, che ha manifestato al corpo legislativo il voto di adozione del tribunato sulla legge de' testamenti; - Che lungi di essere in opposizione co' motivi della decisione della corte di cassazione, del 1 ottobre 1810, che s' invoca in sostegno della sentenza appellata, sono in perfetta armonia colla giurisprudenza consagrata da questa decisione; - Che in fatti la corte de Bruxelles, nell' aver per valido un testamento, nel quale la dimora de' testimonj istrumentarj non era stata indicata, avea violato, da una parte gli articoli 14 e 68 della legge del 25 ventoso anno 11 a' quali non è stato derogato dal codice civile, e dall' altra per una conseguenza necessaria, le disposizioni dell' art. 980 di questo codice; - Che uno de' più potenti motivi della decisione di cassazione si è, che « l' art. 980 del codice non deroga specialmente alla formalità prescritta dalla legge del 25 ventoso sulla indicazione della dimora de' testimonj esigendo, che i testimonj siano sudditi dell' imperatore, che queste due condizioni sono distinte, e che la prima è tanto più indispensabile, quanto, senza la indicazione della dimora de' testimonj, sarebbe spesso impossibile di verificare, se essi riuniscono le qualità richieste » - Che la conseguenza di questo considerando copiato letteralmente dalla decisione di cassazione è, che in tutti i punti, in cui si è derogato specialmente alla legge del mese di ventoso, le disposizioni del codice sono le sole applicabili; che questa deroga è evidente sulla capacità, come sulle esclusioni de' testimonj istrumentarj de' testamenti; che in conseguenza vi è luogo di riformare la sentenza, di cui è appello.

» Per siffatte considerazioni, la corte dichiara di essersi mal giudicato; quindi dichiara valido il testamento del 7 aprile 1812. Ordina che venga eseguito, ec. »

La corte imperiale di Bruxelles con decisione de' 25 marzo 1806 stabilì il principio, che due fratelli possono essere testimoni nel

lo stesso atto pubblico, e principalmente in un testamento.

» *Fatto*. Nel giorno 27 germile anno 12 Gio. Giuseppe Pierret fa un testamento pubblico.

» Il notajo chiama quattro testimonj, secondo l'articolo 972 (898) del codice civile due di questi testimonj erano fratelli.

» Dopo la morte del testatore, gli eredi legittimi provocano la nullità del testamento: tra gli altri motivi, essi si fondano sulla parentela di due testimonj, e ricorrono all'articolo 10 della legge dei 21 ventoso anno 11, riguardante gli atti notariali. Quest'art. è così conceputo: » Due notari parenti o affini nel grado proibito dall'art. 8, non potranno concorrere allo stesso atto. I parenti, o affini, sia del notajo, sia delle parti contraenti, nel grado proibito dall'art. 8 non potranno servir da testimonj.

» Gli eredi legittimi fanno osservare, che qualunque contravvenzione dell'art. 10, importa nullità (art. 67).

» Essi ricordano parimente il seguente passo dell'oratore del tribunato, incaricato di presentar la legge dei 25 ventoso anno 11, alla sanzione del corpo legislativo. » i due testimonj nè anche debbono essere parenti tra di essi. Questo divieto è poggiato sopra gli stessi motivi, che li escludono allorchè sono parenti delle parti contraenti. I testimonj debbono essere del pari, che i notari, al coverto di ogni sospetto personale » (cod. civile e motivi edizione di Didot tit. 7. pag. 302).

» Il tribunale civile di Nivelles con sua sentenza ha pronunziato la nullità.

» Appello. - I legatarj sostengono, che la legge del giorno 21 ventoso anno 11, non parla, che della parentela dei testimonj sia coi notari, tra di essi, sia con le parti contraenti, e giammai della rispettiva parentela dei testimonj.

» Essi traggono argomento dai termini di una legge romana, la legge 22 del Digesto, *qui testamenta facere possunt*. Questa legge decide che il padre, ed il figlio possono essere testimonj in un medesimo testamento *quia*; essa dice, *nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*. - essi si giovano parimente della legge 17 del digesto sotto al titolo *de testibus*, del parag. 8 delle istituzioni, sotto al titolo *de testamentis ordinandis*. Essi dan termine con invocare l'autorità manifestata da Riccard nel suo trattato delle donazioni, prima parte cap. 5, sezione 3. num. 19 56, da Furgole nel trattato dei testamenti cap. 3 sez. 2. del num. 6, e di Grenier trattato delle donazioni, e dei testamenti, num. 252 edizione in 4.

» *Decisione*. - Attesochè siccome le qualità dei testimonj testamentarj, sono determinate per mezzo di disposizioni legislative, particolari agli atti di questa natura, così non si può per questa parte invocare la legge dei 25 ventoso anno 11, sulla organizzazione del notariato; che del resto nè questa legge, nè alcun'altra dichiarono incapaci di assistere agli atti notariali quelli che sono parenti tra di essi.

» Per siffatti motivi la corte ammette l'appello, ed emendando, dichiara gli appellati malfondati nella loro dimanda diretta ad ottenere la nullità del testamento, di cui è quistione. »

Nella corte di cassazione di Parigi a 6 aprile 1809 fu dichiarato valido un testamento fatto in presenza del numero de' testimonj capaci nei termini della legge, abbenchè vi sieno stati anche presenti altri testimonj incapaci.

» *Fatto*. Il 28 brumale anno 13, Leonardo Vandenbussch, proprietario a Bruges trovandosi a Borette, circondario d'Aix la Chapelle, fa chiamare il notajo Wineckens, con quattro testimonj perchè riceva il suo temento. Il notajo si presenta al suo invito, accompagnato da quattro testimonj; ma non conoscendo Leonardo Vandenbussch, e volendo assicurarsi della identità della sua persona, fa intervenire Giovanni e Mattia Bosch, fratelli, presso i quali era alloggiato. Il testamento fu disteso dal notajo in presenza di questi sei testimonj; e con quest'atto Vandenbussch, dopo aver fatto un legato alla figlia di Giovanni Bosch, istituisce suo erede universale Giuseppe-Vincenzo Vandenbussch suo fratello. Dopo la morte del testatore, Giovanni Vandenbussch suo fratello, e Cornil Maertens, suo cognato, demandano la nullità del testamento, fondandosi sull'articolo

975 (901) del codice civile. » Poco importa, dicono essi, che indipendentemente da Giovanni e Mattia Bosch, quattro altri testimonj siano intervenuti al testamento, e che la legge, per la validità di un testamento pubblico, non richiede che la presenza di quattro testimonj e di un notajo. Un maggior numero di testimonj di quello richiesto dalla legge non può sanare la nullità che risulta dalla incapacità dell' uno o dell' altro dei testimonj presenti. La legge non ha fatta alcuna distinzione a questo riguardo. Ella proibisce in generale di prendere per testimonj in un testamento per atto pubblico dei parenti di colui che deve raccogliere un legato. »

a Decisione della corte di Brusselles che rigetta queste ragioni, ed ordina la esecuzione del testamento: » Atteso che la disposizione dell' art. 975 (901) il quale proibisce che i testimonj possano essere parenti dei legatarj fino al quarto grado, concerne i testimonj testamentarj, e non quelli chiamati per attestare il nome e lo stato del testatore. »

» Giovanni Vandenbussch e Cornil Maertens ricorrono in cassazione; La corte sopra rapporto del signor Bazire. »

» Atteso che risulta dalla decisione impugnata che quattro testimonj, oltre i fratelli Bosch, erano presenti al tempo della confezione del testamento; e che questi fratelli non sono stati chiamati dal notajo che per attestare sovrabbondantemente e far constare sempre più la identità di Leonardo Vandenbussch e del testatore; donde risulta, come si è giudicato, che il legato fatto alla figlia di uno di questi fratelli Bosch non è di natura tale da viziare il testamento che contiene questo legato; la corte rigetta.... »

La menzione fatta in fine del testamento della presenza de' testimonj, basta ella per comprovare che i testimonj sono stati presenti alla dettatura del testatore ed alla lettura che il notajo ne ha fatto ?; La corte di cassazione di Parigi a 15. luglio 1808. ha deciso affermativamente.

» *Fatto*. Il primo maggio 1779. il signor Petrequin, notajo, distende in questi termini il testamento di Humbert Gilibert.

» Davanti me, notajo regio, questo giorno primo maggio 1779, fu presente Humbert Gilibert, castaldo a Chouas, il quale indisposto, obbligato di stare a letto, sano però di mente, di udito e di intendimento, mi ha fatto e dettato volontariamente il suo presente testamento nuncupativo, e le sue disposizioni di ultima volontà nel modo che segue. . . . rivoca tutti gli altri testamenti che potrebbe prima di ora aver fatti: del qual presente testamento io ho fatto lettura parola per parola al testatore: esso ha persistito e me ne ha richiesto atto, che io ho rilasciato al detto .... Chouas, in presenza di... testimonj richiesti... » Il 9 luglio seguente, muore il testatore. I suoi eredi istituiti vanno al possesso dell' eredità. Nel 1801, gli eredi *ab intestato* domandano la nullità del testamento per la ragione che nel modo in cui vi è riferita la presenza dei testimonj non risulta ch' essi siano stati presenti alla dettatura che il testatore ha dovuto fare delle sue disposizioni, nè alla lettura che il notajo ha dovuto fargliene. Gli eredi istituiti rispondono che, per verità, le parole *davanti me notajo regio, fu presente Humbert Gilibert il quale mi ha fatto e dettato per intiero il suo presente testamento*, non indicano che i testimonj siano stati presenti alla dettatura del testamento fatta dal testatore, ma che queste espressioni non compongono tutto il testamento: » Bisogna, aggiungono essi, andare fino alla fine, e non dividere ciò ch' è indivisibile. Bisogna risovvenirsi che il testamento è, secondo l' espressione di Ricard, parte 1. n. 1518, un atto individuale, del quale tutte le parti si legano e si riferiscono le une alle altre; che le solennità, secondo lo stesso autore, *in qualunque luogo esse si trovino situate, hanno rapporto a tutto l' atto, e che basta, per la validità del testamento, ch' esse siano state osservate prima che la parte, i testimonj, e il notajo abbiano sottoscritto*. Ora, qui si fa constare della presenza de' testimonj prima delle sottoscrizioni. Il testamento finisce con queste parole: *in presenza... testimonj richiesti*. Ciò è assolutamente lo stesso come se il notajo avesse scritto: Humbert Gilibert mi ha dettato il suo testamento in presenza de' testimonj, io gliene ho fatto lettura, ed egli ha persistito in presenza de' testimonj; egli me ne ha ri-

chiesto atto in presenza de' testimonj, io gli ho rilasciato questo atto in loro presenza.

» Si vede abbastanza che il notajo, per evitare queste ripetizioni non meno fastidiose che inutili, ha posto la menzione de' testimonj in fine del suo atto, da dove si riferisce naturalmente e di pieno diritto a tutte le sue parti. Quindi, il testamento di Gilibert indica chiaramente che il testatore ha dettato tutte le sue disposizioni al notajo, e che il notajo gliene ha fatto lettura in presenza de' testimonj ivi nominati. » Il 30 luglio 1806, decisione della corte di appello di Grenoble, che riformando, sopra l'appello degli eredi istituiti, una sentenza del tribunale civile del circondario di Vienne, dichiara il testamento valido e ne ordina la esecuzione.

» Gli eredi *ab intestato* ricorrono in cassazione. La corte sopra rapporto del signor Chasles.

» Atteso che dalla circostanza che la presenza o piuttosto la denominazione dei testimonj non è stata posta che alla fine, ma prima delle firme del testamento di cui si tratta, non è ragionevole di conchiuderne che questi testimonj non siano stati presenti a tutti i fatti che contiene l'atto; all'incontro, basta che la loro presenza sia comprovata nel contratto, non importando in qual parte sia essa comprovata, per credere che questa menzione si riferisca al corpo del contratto di cui essa fa essenzialmente parte; che non si può separarla senza alterarne il complesso; e che finalmente questa menzione della presenza de' testimonj si lega e si riferisce naturalmente a tutte le disposizioni del contratto; Atteso che supponendo anche che possa esservi a questo riguardo qualche equivoco, era in arbitrio de' giudici di spiegarlo nel senso che loro è sembrato più giusto e più naturale; che quindi la corte di appello di Grenoble ha potuto, senza contravvenire alla legge, rigettare le nullità che gli attori pretendevano far risultare da ciò che, secondo la loro interpretazione, non era provato che i testimonj fossero stati presenti tanto alla dettatura che alla lettura del testamento; - La corte rigetta.

» §. 13. Quando un testatore vorrà fare » un testamento mistico o segreto, dovrà sot» toscrivere le sue disposizioni, tanto se sie» no state scritte da lui stesso, quanto se l'» abbia fatto scrivere da un altro. La carta » in cui saranno stese queste disposizioni, » o quella che servirà d'involto, quando vi » sia, sarà chiusa, e sigillata. Il testatore la » presenterà così chiusa e sigillata al notajo » ed a sei testimonj almeno, ovvero la farà » chiudere, e sigillare in loro presenza, e » dichiarerà che il contenuto in quella carta » è il suo testamento da lui scritto, e sot» toscritto, o scritto da un altro, e da lui » sottoscritto. Il notaro formerà l'atto di so» prascrizione, che verrà steso su la carta » medesima, ovvero sul foglio che serve d'» involto: questo atto sarà sottoscritto tanto » dal testatore, che dal notajo e da' testimo» nj. Tutto ciò sarà fatto nel medesimo con» testo senza deviare ad altri atti: e nel ca» so che il testatore per un impedimento so» pragiunto dopo aver sottoscritto il testamen» to non potesse sottoscrivere l'atto di sopra» scrizione, si dovrà esprimere la dichiara» zione che egli ne farà, senza che sia ne» cessario in questo caso di accrescere il nu» mero de' testimonj. *Art.* 902. *Leg. civ.*

Questo articolo è preso dal rescritto degl' imperatori Teodosio, e Valentiniano.

» Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam (*loquitur ergo de testamento in scriptis, cujus secreta testes scire non oportet*) conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea quae in eo scripta sunt; consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam, involutamque (*scilicet in linteo, ut D. eod. ad testium §. fin. Alii dicunt involutam, idest valde obscuram quasi obscuris verbis dictatam*) proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cujuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam, et subscribendam: dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit; quo facto, et testibus uno, eodemque die, ac tempore subscribentibus, et consignantibus testamentum valere, nec ideo infirmari, quod testes nesciant quae in eo scripta sunt testamento.

» In omnibus autem testamentis quae praesentibus, vel absentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem, et testes adhibere, et dictare suum arbitrium, et finire testamentum.

» Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum sufficiet uno tempore, eodemque die nullo actu extraneo interveniente, testes omnes videlicet simul, nec diversis temporibus subscribere, signareque testamentum. Finem autem testamenti subscriptiones, et signacula testium esse decernimus. Non subscriptum (*idest subscriptione testis, et debet contineri nomen testis, et testatoris, et quilibet debet subscribere per se, non unus pro alio*) autem a testibus, ac non signatum testamentum, pro infecto haberi convenit. *L.* 21. *Cod. de testamentis.*

Casus. Si septem testibus adhibitis subscribentibus, et signantibus testamentum fecisti, et id signasti, et ligatum ostendisti, an ob hoc infirmari debeat, quod ignoraverunt testes quae in eo scripta sunt? responde quod non, cum tu illud scripsisti, vel alius, et ei subscripsisti. Si autem literas ignorasti, et subscribere nequisti, adhibitis septem testibus cum scriptore, firmum maneat testamentum, et si ea quae in eo scripta sunt testes ignoraverunt: nec necesse est quod eodem tempore inchoetur, et compleatur testamentum, sed diverso bene potest. Ad hoc autem ut compleatur, et valeat, testes subscribant, et sigillent simul, et semel; alioquin non valeat testamentum. »

Il medesimo articolo dà poi la facoltà al testatore di *far scrivere da un' altro le sue disposizioni*. Or colui che scrive può adoprare parole ambigue, o può esprimere con ordine non chiaro il sentimento del testatore; in questa ipotesi il testamento sarà nullo? L'imperatore Giustiniano decide negativamente.

» Ambiguitates quae vel peritia, vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse censemus, et sive institutio heredum post legatorum donationes scripta sit, vel alia praetermissa sit observatio, non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis, vel alterius qui testamentum scribit: nulli licentiam concedimus per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere, vel minuere. *L.* 24. *Cod. de testamentis.*

Casus. Si testamentum jure fecisti, licet ordo scripturae in eo vitio notarii et imperitia non servatur, ut quia primo scripsit legata, demum heredis institutionem, cum e converso fieri debeat, an ob hoc minus valeat testamentum quaeritur? responde quod non; licet antiquitus hoc observaretur, quo non observato non valuit testamentum. »

Se colui che scrive il testamento esprime in confuso il sentimento del testatore, oppure faccia uso di una trasposizione di parole, che lo confonda, il testamento sarà difettoso? Giustiniano rescrisse per la negativa.

» Praeposteri (*idest praeposterationis vitium, praeposteritas vitiabat olim contractus, et ultimas voluntates*) reprehensionem, quam novella constitutio (*De jure dotium. Cod. L. fin.*) divi Leonis in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur; in aliis quoque omnibus tam contractibus (*ut ecce: si Titius fuerit consul usque ad annum, tunc ex hac die dare spondes: tempus enim dationis praecedit, conditio sequitur; cum e contra fieri debeat*) quam testamentis (*ut si dicam: si navis venerit ex Asia quandocunque, vel intra annum, tunc intra proximum diem mortis meae decem dato: nam primo venire postea dari debet*) tollimus, ut tali exceptione cessante, et stipulatio, et alii contractus, et testatoris voluntas indubitate valeant; exactione videlicet post conditionem, vel diem competente. *L.* 25. *Cod. de testamentis.*

Casus. Si testamentum jure fecisti, et rogasti mihi ab herede tuo decem, et reliquisti his verbis: si navis venerit, tunc intra dies mortis mese proximum, vel pridie quam moriar, illi dato decem; an ista praeposteratio sermonis, cum debeat venire navis, deinde legatum praestet, viciet testamentum quaeritur? responde quod non, nec tantum in testamento non nocet praeposteratio, sed nec etiam in contractibus. »

Se l' errore dello scribente cade su la nomina dell'eredetende nullo il testamento? Gl' imperatori Diocleziano, e Massimiano decisero negativamente.

» Errore scribentis testamentum, juris solemnitas mutilari nequaquam potest quando

minus scriptum, plus nuncupatum videtur; et imo recte testamento condito, quamquam desit, heres esto, consequens est, existente herede, legata, seu fideicommissa juxta voluntatem testatoris oportere dari. *L. 7. Cod. de testamentis.*

Casus. Si in testamento suo praesentibus septem testibus dixisti: *Titius heres esto*: et talis tabellio scripsit tantum *Titius*, an infirmatur testamentum quaeritur? responde, quod non; sed valebit institutio heredis, et ex eo testamento legata debentur, et peti possunt. »

Se poi l'errore sia nel nome, o nel cognome dell'erede? L'imperatore Gordiano decide per la negativa; quando però altrimenti la volontà del testatore non apparisca incerta nella sua disposizione.

» Si in nomine, vel praenomine, seu cognomine, seu agnomine testator erraverit, nec tamen de quo senserit incertum sit, error hjusmodi nihil officit veritati. *L. 4. Cod. de testamentis.*

Casus. Testator erravit in nomine heredis, dicendo: *instituo Maevium heredem*, cum vocaretur *Titius*, an ob hoc minus valeat testamentum, et heredis institutio, quaeritur? responde quod non, cum certum sit de quo sensit, *Vivianus.*

L'errore del nome non nuoce alla istituzione dell'erede; ma soggiunge Brunnemanno, che questo errore nel legato può annullare il legato stesso quando però cade nel nome appellativo.

» Si quis instituat heredem matrem suam, quam per errorem vocat Annam, nihil hoc nocet institutioni. Error enim nominis nullam vitiat dispositionem per allegata *Barbos. locupl. 5. c. 16. axiom. ult. Aut. in L. 9. D. de hered. instit.* Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio modo intelligentur, nihil interest. Secus si alium scripserim heredem, cum, alium scribere voluerim, et sic in persona erraverim, tunc enim neuter heres est, hinc deficiente scriptura, illinc voluntate *L. 9. princ. D. de hered. instit.* Sed error nominis in re legata potest interdum vitiare legatum, si in nomine appellativo erraverim; quod plerumque substantiam denotare solet, cum e contrario nomina propria non conveniant rei vel personae. Nam verbi gratia: potest quis Probus, vel Pius dici, qui minime probus, aut pius. Atque hanc distinctiooem inter nomina propria, et appellatur ex *L. 4. princ. de Legat. 1. Brunnemanni Comment. in Cod. de testamentis ad L. 4.*

Toullier espone altri casi di errore nella data de' testamenti. Vedi §. 5.

Se il testatore non sapendo sottoscrivere, o non avendo potuto farlo, quando ha dettate le sue disposizioni, vi ha messo una lettera sola, una croce, invece della sua sottoscrizione, il testamento sarebbe nullo? No certamente, risponde Maleville. Basterà soltanto ch'egli eseguisca quanto si prescrive nell'articolo 977 (903).

» *La carta.... chiusa e sigillata.* Hassi da queste parole ad inferire, che sopra il foglio di carta contenente il testamento, o sopra quello che gli servirà d'involto, il testatoro vi debba apporre sotto pena di nullità il suo sigillo ordinario? Non credo nemmen questo. Vi sono molti testatori sopra tutto nelle campagne che non hanno sigillo proprio. La legge ha voluto dire soltanto, che il testamento sia sigillato, e chiuso in modo, che non si possa aprire senza lacerare la carta, e senza lasciare i segni della lacerazione.

» *Unitamente a' testimoni.* Debbono i testimoni sottoscrivere l'atto anche quando il testamento è rogato alla campagna? Sono stato testimone di una lite per tale motivo. Quegli che sosteneva la nullità dell'atto, diceva che l'art. 974 (900), che ammette l'eccezione per li testimoni nelle campagne, non poteva applicarsi che al testamento nuncupativo, e non al testamento mistico, mercechè delle formalità del primo faceva motto l'articolo, e non di quelle del secoudo, di cui si veniva a ragionare in appresso. E dalla collocazione di quest'articolo inferiva, che il legislatore non avesse voluto, che l'eccezione valesse per altri testamenti de' nuncupativi in fuori. Non sono di questo avviso, 1.° perchè i medesimi motivi hanno forza per amendue i testamenti, 2.° perchè precisamente dopo aver stabilita la forma del testamento mistico nella seduta del 19. ventoso, anno 11 il consiglio decise incontanente, che nelle

campagne si doveva tollerare, che la metà de' testimoni richiesti sottoscrivesse. Laonde l'articolo 974 si dee applicare senza distinzione ad amendue i testamenti o più particolarmente ancora al testamento mistico.

» *Tutto* ciò *sarà fatto di seguito*. Si è forse voluto dire, che anche il testamento sarà scritto immediatamente prima di essere presentato al notajo, e ai testimonj per fare l' atto di soprascrizione? Per lo passato si sosteneva acremente che così doveva essere, ma sostenevasi a torto; poichè al contrario la pratica è tale, che il testatore mette tutto l' agio, che gli aggrada fra la formazione del testamento, e l'atto della sua soprascrizione.

» Per rispetto alle sottoscrizioni fa d'uopo osservare le medesime forme, che sono prescritte pel testamento nuncupativo.

» Il notajo deve esso stesso scrivere l'atto della soprascrizione? Tace sopra di ciò l'articolo nostro. Non si potrebbe adunque avere per nullo il testamento, se il notajo facesse scrivere l' atto da altra mano. Nulladimeno è sempre più prudente, che il notajo non si valga dell' opera altrui. L' art. 979 (905.) sembra ancora, che lo supponga. Ma nè l' uno nè l'altro articolo esige, che si dica nell' atto della soprascrizione, che il notajo ha steso di sua mano quest'atto. Quindi è chiaro che per quest' omissione non sarebbe nullo il testamento pubblico.

» Il giovine del notajo può servire di testimone nell' atto della soprascrizione? L'articolo qui sopra riportato nol vieta. E l' art. 975 (901) non esclude il testimonio di questi giovani alunni se non se ne' testamenti pubblici; oltracciò nel processo verbale niun indizio si trova, che autorizzi ne' testamenti mistici codesta esclusione.

» Ciò nonostante può dirsi, che la legge sul notariato esclude positivamente le testimonianze de' giovani alunni in tutti gli atti stipulati da' notai loro maestri. La legge non eccettua punto i testamenti mistici, e siccome il nostro articolo guarda il silenzio su questo proposito; così è naturale di attenersi piuttosto ad una espressa prescrizione di legge, che non ad un argomento d' induzione, che si trova in opposizione colla legge medesima. Notisi ancora, che tutti i dubbii sorgono da una trasposizione dell'art. 975 (901), ch'è lieve fondamento di raziocinio. Nell' ordinanza del 1735 l'articolo 42 che ricusa la testimonianza de'giovani di notajo, o gli articoli, che descrivono le qualità necessarie dei testimonj, sono annichilati subito dopo quelli che parlano delle forme de' varj testamenti. Uno sbaglio fu cagione che si alterasse quest' ordine. *Maleville. Osservazione all'articolo 976 del codice civile.*

Finalmente su l' obbligo che ha il notaro di formare l' atto di soprascrizione nel testamento mistico, di sottoscriverlo, e farlo sottoscrivere dal testatore e dai testimonii, l'articolo 902 in esame soggiunge, che tutto ciò sarà fatto *nel medesimo contesto senza deviare ad altri atti.* Or ciò non significa solo, riflette Delvincourt, che non debbasi interrompere l' atto di soprascrizione per farne un altro, ma eziandio che tutto dev' esser fatto *uno ictu temporis.* Si vede in fatti che se per esempio, vi fosse un intervallo un poco lungo tra la dichiarazione, nulla attesterebbe che il piego sul quale trovasi l' atto sia lo stesso di quello che è stato presentato al testatore. Ciò non ostante io opino che un brevissimo intervallo richiesto per esempio per soddisfare ad un bisogno naturale del testatore o di uno dei testimoni o altra simile cosa non dovrebbe importar nullità.

» È d' uopo che si faccia menzione che l' atto di soprascrizione ha avuto luogo senza deviare ad altri atti? Io nol penso, poichè non è quella una formola, ma una condizione, richiesta in vero a pena di nullità, nel senso però soltanto che se fosse dimostrato che non ha avuto luogo, il testamento dovrebbe essere annullato: e ciò che viene all' appoggio di questo sistema si è che immediatamente dopo aver detto tutto ciò » che è sopra prescritto deve essere fatto di seguito, e senza deviare ad altri atti, l' articolo aggiunge che » nel caso in cui il testatore per un impedimento sopraggiunto dopo aver formato il testamento non potesse sottoscrivere l' atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione che egli ne avrà fatta ec. » Or certamente dal perchè l'articolo 976 (902) si contenta solo di esigere la menzione di questa dichiarazione, deve conchiudersene

che non ha voluto estendere la necessità di questa menzione a ciò che precede immediatamente, cioè al fatto che l'atto siasi stipulato in un solo contesto. *Delvincourt. Corso di codice civile nota* 212 *al tit.* 4.

Nella corte di appello di Torino si esaminò il caso se un testamento mistico possa dichiararsi nullo quando la soprascrizione fosse stata fatta in un foglio volante. A 5 piovoso anno 13 si decise affermativamente.

» *Fatto*. Il canonico Magnanini presenta il dì 6 complementario, anno 11, il suo testamento mistico ad un notaro.

» L'atto di soprascrizione è steso alla presenza di sette testimonj sopra un foglio staccato dal testamento.

» Fa d'uopo osservare che il testatore essendo molto avanzato in età si fece sostenere la mano da uno de' testimonj, onde sottoscrivere l'atto in modo di far meglio rilevar la sua firma.

» Egli muore l'undici vendemmiale seguente.

» L'indomani si procede all'apertura del testamento, ed i testimonj dichiarano »» che il testatore nel sottoscrivere aveva appoggiata la sua mano su quella d'uno di essi. »»

» Come un tal testamento conteneva una istituzione universale a favore di madamigella Bergonzi, i fratelli Magnanini, eredi presuntivi, intraprendono di farlo dichiarar nullo.

» Essi sostengono 1, che l'atto di soprascrizione non era stato iscritto sopra l'involto del testamento, conformemente all'art. 976 (902) del codice civile.

» 2. Che il testatore non aveva da se medesimo sottoscritto, poichè si era servito in ciò fare di una mano estranea: che quindi era d'uopo chiamare un ottavo testimonio, a termini dell'articolo 977 (903).

» Sentenza del tribunale civile di Voghera, che accoglie ed ammette ambi i motivi, e dichiara nullo il testamento in quistione.

» Nell'appello il signor Grosso pretendeva per madamigella Bergonzi:

» 1. Che art. 976 non fosse stato violato, come pur lo pensarono i primi giudici.

» L'atto di soprascrizione, diceva egli, fu steso sopra l'involto stesso del testamento, per quanto era possibile il farlo; riempito interamente il bianco di cotesto involto, era ben naturale, anzi necessario d'impiegare un altro foglio di carta, e di unirlo al testamento per formar corpo con esso.

» Se si disapprovasse un tal mezzo, vi sarebbero degli atti di ultima volontà, la di cui soprascrizione sarebbe impraticabile, vale a dire, tutti quelli che essendo chiusi e suggellati non offrono una superficie bastevolmente estesa per comprendere interamente il processo verbale di deposito, e tale non è stata certamente la intenzione del legislatore.

» Pretenderebbesi forse che il notaro debba abbreviar le sue frasi, ed adattare il suo stile al corto spazio lasciatogli dal testatore?

» Chi può assicurare che questo laconismo forzato non producesse delle omissioni e delle nullità? D'altronde se il criterio del notaro lo abilita a ristringere le consuete sue formole, farà pur mestieri prescrivere a' testimonj di accorciare le loro segnature e le loro cifre; quindi ne deriverebbero i più funesti inconvenienti, e la impossibilità di verificarli in caso di falso.

» Diciam piuttosto che nel caso in cui il notaro abbia riempito il bianco dell'involto, ei può continuare la redazione del suo atto sopra un foglio staccato, ed universale come una continuazione di quello, anzi una parte integrante.

» D'altronde, supponendo che vi fosse in sì fatto procedere una irregolarità, il testamento non dovrebbe meno sortire il suo effetto. L'art. 1001 (927) non pronuncia la nullità che nel caso di violazione di una delle formalità alle quali *i testamenti* sono soggetti, e quì non si tratta del testamento, ma di un atto *accessorio* che non ha alcuna influenza sulle disposizioni di ultima volontà.

» Questo è ciò che l'art. 976 indica chiaramente, allorchè dopo avere tracciate le formalità del testamento, dice: »» il notaro ne stenderà l'atto di soprascrizione. »»

» Riguardo a questo atto, egli è manifesto che l'art. 1001 non è punto applicabile. Se il notajo contravviene alla legge, si possono infliggere al medesimo alcune pene pecuniarie, ma non annullare il testamento.

» 2. Egli è evidente che l'art. 977 (902) non è stato violato. Se ordina l'intervento di

gomento di nullità di cui si è parlato poc' anzi, esso non ha meno ben giudicato, ammettendo a favore de' petenti la nullità dello stesso testamento da essi richiesta.

» Dice essere stato ben giudicato, male e senza ragione appellato, ec.

La disposizione di un testamento mistico è dessa nulla per mancanza di data quando d'altronde l'atto di soprascrizione si trova datato?

L' affermativa non incontrerebbe alcuna difficoltà, secondo l' art. 979 (905) del codice civile, trattandosi di un testamento mistico fatto da un muto. Ma che si dee decidere fuori di questo caso, e in tesi generale? La corte di cassazione di Parigi a 14 maggio 1800 decise affermativamente.

» *Fatto.* Il 16 brumale anno 14, il signor Triboulon muore, lasciando un testamento mistico col quale lega a Luigi Triboulon tutto ciò di cui la legge gli permetteva di disporre. Il testamento contiene la data con queste parole, *A Nismes il* 26 *ventoso della repubblica.* Ma nell' atto di soprascrizione ricevuto da un notajo e sei testimonj, *il* 18 *ventoso anno* 12, e detto che il signor Triboulon ha fatto scrivere questo testamento dal suo notajo, *il* 26 *di questo mese.* Il signor Capdeville e Giovanna Triboulon, sua moglie, impugnano il testamento per mancanza di data.

» Il 14 febbrajo 1807, sentenza del tribunal civile del circondario di Nimes che rigetta la loro domanda pei seguenti motivi.

» Atteso che l' ordinanza del 1735, non che tutte le altre leggi relative a' testamenti, sono abolite dall' art. 7 della legge del 30 ventoso anno 12, portante che a contare dal giorno in cui le leggi componenti il codice civile sono esecutorie, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o particolari, gli statuti, i regolamenti cessano di aver forza di legge; che dopo quest' epoca è necessario ricorrere al codice civile per cercare la indicazione delle formalità indispensabili per la validità de' testamenti; e che non vi è articolo nel codice che richieda che ne' testamenti mistici ordinarj lo scritto in cui sono enunciate le disposizioni del testatore sia datato; che l'art. 979 (905), che parla della data di questo scritto, non contempla che il testamento mistico di colui che non può parlare; che lungi dal dedurne la necessità di questa data, si potrebbe, per la regola delle induzioni, dedurne la sua dispensa.

» Che il codice ha riprodotto parola per parola tutte le disposizioni dell'ordinanza del 1735, relative al testamento mistico, salvo quella che richiede simultaneamente la data della disposizione, e quella della soprascrizione; che l' articolo 9 dell' ordinanza è ripetuto coll' articolo 976 (902), l' articolo 11 coll' articolo 978 (904), l' articolo 12 coll' art. 979 (905); ma che l' articolo 38, che impone la necessità di questa doppia data, non si trova ripetuto in nessuna parte: donde segue che il codice civile adottando tutte le altre disposizioni dell' ordinanza del 1735, proprie del testamento mistico, non ha voluto adottare quest' ultima.

» Che se, nel processo verbale delle conferenze del consiglio di stato intorno al codice civile, è messo per principio che si conserverà la forma del testamento mistico come si trova stabilita dall' ordinanza del 1735, dalla maniera colla quale tale principio è stato messo in esecuzione, conviene giudicare della estensione che si è inteso dargli; che sembra che si aveva in mira soltanto la forma distintiva di questo testamento, quella che lo caratterizza e che si trova descritta negli articoli 9, 10, 11 e 12 di detta ordinanza; che se fosse stato diversamente, e che se si fosse voluto continuare ad assoggettarlo a ciò ch' era prescritto dall' articolo 38, non si sarebbe mancato di riprodurre le disposizioni di questo articolo siccome si sono riprodotte quelle degli altri; che vi era anche una ragione di più a riguardo di questo, che mentre le altre non avevan fatto che consacrare le disposizioni del diritto romano in questa materia e le decisioni della giurisprudenza, l' articolo 38 al contrario, richiedendo nel testamento mistico e la data della soprascrizione, e quella della disposizione del testatore, aveva introdotto un diritto nuovo, derogando alla legge romana ed alla giurisprudenza; che la legge *hac consultissima*, in cui sono descritte le formalità dettate dal

diritto romano per la confezione del testamento mistico, non parla infatti per nessun modo della data della disposizione; e che Furgole afferma nel suo *Trattato de' testamenti, cap.* 2. *sez.* 3. *n.* 8, che prima dell' ordinanza del 1735, la formalità della data interna non era necessaria nella giurisdizione del parlamento di Tolosa, e che bastava che l'atto di soprascrizione fosse datato; che non si può sopporre che se il legislatore avesse voluto conservare questa formalità in addietro insolita, avesse tralasciato d' inserire nel codice la disposizione che la stabiliva, quando aveva richiamato così letteralmente e così completamente tutte quelle relative a delle formalità prescritte in tutti i tempi; che il suo silenzio sopra quest' oggetto è una vera esclusione; e richiedere in oggi questa formalità, allorchè non si può indurre l'obbligazione di alcuna di queste parole, sarebbe volere più di quello che il codice ha voluto.

» Che non bisogna perciò conchiudere che il codice civile osservando lo stesso silenzio sulla data dell' atto di soprascrizione, come su quella dello scritto che contiene la disposizione, il testamento mistico sarebbe valido quando anche l'atto di soprascrizione non fosse datato; atteso che l'atto di soprascrizione è un atto fatto per mano di notajo, e che la legge del 25 ventoso anno 11, sopra l'organizzazione del notariato, prescrive sotto pena di nullità che tutti gli atti fatti per mano di notajo enoncino il luogo, l'anno ed il giorno in cui vengono rogati.

» Appello da questa sentenza per parte del signore e signora Capdeville. Il 3 giugno dello stesso anno la corte di Nismes la conferma; » Atteso che le nullità non possono stabilirsi che dalla legge, e che a questa sola compete il pronunziarle.

» Che l'articolo 1001 (927) del codice civile, il quale termina le sezioni 1 e 2 del capo 5, destinate a fissare le formalità cui le diverse specie di testamenti sono soggette, non porta la pena di nullità che per la inosservanza delle formalità prescritte in queste due sezioni, e che nel numero di queste formalità non si trova annoverata quella di datare, nel testamento mistico del testatore che può parlare, lo scritto che contiene la sua disposizione.

» Che l'articolo 979 (905), relativo al testamento del testatore il quale non può parlare, ma che sa scrivere, non forma senon una eccezione, e deve essere ristretto al caso del testamento che ivi è menzionato; che l'articolo 38 dell' ordinanza del 1735, la quale voleva che la data del giorno, del mese ed anno, ne' testamenti mistici, fosse posta tanto nella disposizione che nella soprascrizione, è stata abolita insieme colla ordinanza stessa, dall'articolo 7 della legge del 30 ventoso anno 12, e non è stato riprodotto nel codice civile, come lo furono gli altri articoli di questa ordinanza, relativi alle formalità de' testamenti mistici.

» Che, quali si sieno le cause di tale differenza, la corte non può prendere per norma delle sue decisioni in questa materia, se non le disposizioni scritte nel codice civile e non può pronunziare una nullità dalla legge non preveduta. »

» I signori Capdeville ricorrono in cassazione contro questa decisione.

» Dal che il codice non ha detto all' articolo 976 (902) (deducono essi) che, in un testamento mistico l'atto che contiene le disposizioni sarà datato; e dal che non si trova nel codice la disposizione dell'ordinanza del 1735, che prescriveva questa data, conviene adunque conchiudere che il legislatore ha voluto dispensare il testamento mistico da questa formalità? No senza dubbio.

» Le leggi romane ancora tacevano sopra la data delle disposizioni di ultima volontà; e nulladimeno finchè queste sole leggi formavano il nostro diritto, la data fu richiesta.

» Pertanto l'ordinanza del 1735 non introdusse un dritto nuovo, prescrivendo coll' articolo 38 che ne' testamenti mistici, *tanto la disposizione che la soprascrizione* fossero datate. Essa non ha fatto che dichiarare il diritto che prima si osservava generalmente, malgrado il silenzio delle leggi.

» Egli è vero che l'articolo 38 dell'ordinanza del 1735 non è testualmente richiamato nel codice civile; ma il codice ha egli perciò dispensato l'atto intrinseco del testamento mistico dalla necessità della data? No sen-

za dubbio. Noi dobbiam credere, come lo pensa Ricard relativamente alle leggi romane, che il legislatore ha riguardata la necessità di enunciare la data come una verità troppo riconosciuta, perchè bisognasse ancora dichiararla. In nessun luogo la data del testamento per atto pubblico è prescritta. (V. gli art. 971) (895) e seguenti fino al 976 (902). Da ciò bisogna egli conchiudere che il testamento autentico può valere senza esser datato?

» L'articolo 970 (895) ha detto che il testamento olografo deve, indipendentemente dalla scrittura e dalla sottoscrizione, *esser datato di mano del testatore*. Gli articoli 976 e 977 (902 e 903) non parlano della data del testamento mistico; ma l'articolo 979 (905) impone al testatore che non può parlare, l'obbligo di scriverlo per intiero, di *datarlo* e sottoscriverlo di propria mano.

» La legge ha fatto menzione della data, in questi due articoli e nell'articolo 970 (895) non già per dire che i testamenti saranno datati ne' casi preveduti, perciocchè essa ha preveduto che questa enunciativa non aveva bisogno di essere prescritta; ma solamente per richiedere che la data, in questi due casi, fosse scritta *di mano del testatore*.

» L'art. 979 ha ciò di particolare che determina le parti costitutive dell'atto testamentario. Queste tre parti sono la *scrittura*, *la data* e la *sottoscrizione*. E dacchè richiede, nella ipotesi di un uomo che non può parlare, che queste tre parti appartengano intieramente alla mano del testatore, riconosce dunque con ciò ch'esse sono tutte tre dell' essenza del testamento mistico.

» Quanto all'argomento dedotto dal non ritrovarsi nel codice l'articolo 38 dell'ordinanza del 1735, basta percorrere le discussioni del consiglio di stato, e i discorsi degli oratori del governo incaricati di presentare la legge, per assicurarsi che la intenzione del legislatore non è stata di derogare alle disposizioni dell'ordinanza. Nella seduta del 19 ventoso anno 11, il consiglio di stato adottò in massima che la forma del testamento mistico si conserverebbe come essa è stabilita dall'ordinanza del 1735.

« Il signor Bigot de Prémeneu, nel suo discorso al corpo legislativo, si esprime così; » Ammettendo la forma de' testamenti mistici, non si poteva trasandare *alcuna delle formalità* richieste ne' paesi di diritto scritto. Si devono temere in questi atti delle sostituzioni di persone o di documenti. Bisogna che le formalità siano tali che gli artifizj più sottili della cupidigia siano scoperti, e sopra tutto il numero de' testimonj può garentire che tutti entrassero in una criminale cospirazione. Adunque si è creduto dover adottare le formalità de' testamenti mistici o secreti *come si trovano enunciate nell'ordinanza del* 1735. »

» Queste espressioni sono chiare: esse comprendono tutte le formalità; esse non ne eccettuano alcuna.

» Vi è di più: ed è che il codice civile contiene delle disposizioni che sarebbero ineseguibili se i testamenti potessero non essere datati. Secondo l'articolo 901 (817), è necessario che il testatore sia di mente sana all'epoca del suo testamento. Ora come giudicare se a quest'epoca era di mente sana, se il testamento non porta alcuna data?

» Il minore che non è ancora pervenuto all'età d'anni 16, non può fare testamento 908 (814). Il minore divenuto maggiore, non può disporre de' suoi beni in favore di colui che è stato suo tutore, se non è stato preventivamente reso il conto definitivo della tutela 907 (823). Colui che è morto civilmente non può disporre nè ricevere per testamento 25 (16. *Leg. pen.*). I medici, i ministri del culto non possono percepire alcun vantaggio dalle disposizioni in loro favore fatte da persona cui essi avessero prestato la loro opera durante il tempo della malattia della quale fosse morta 909 (905).

» Se il testamento non è datato, come si potrebbe rilevare se all'epoca in cui è stato fatto, il testatore era minore, se il suo tutore gli aveva reso allora i suoi conti, se era morto civilmente, finalmente se era attaccato dalla malattia per cui è morto?

» È dell'essenza di un testamento di essere rivocabile con un testamento posteriore: adunque è necessario un segno dell'anteriorità e della posteriorità. Se per es. esistessero due testamenti senza data che contenessero disposizioni contrarie, non si può dubi-

tare che sarebbero nulli *tutti due*. Questa nullità non risulterebbe che *dalla mancanza di data*. Tale mancanza annullando un testamento in un caso, dee necessariamente annullarlo pure in un altro; se un testamento è nullo per mancanza di data quando esiste un altro testamento, dee egualmente esser nullo quando altri non ve ne siano: perchè non si può concepire che una formalità di un testamento importi o non importi la nullità secondo le circostanze indipendenti dall' atto medesimo.

» Invano si pretenderebbe che la data dell'atto di soprascrizione supplisca alla mancanza di data dell' atto che contiene le disposizioni. Ciò potrebbe esser vero, se il testamento risultasse dal complesso dell' atto interno e dell'atto di soprascrizione; se questi due atti non ne formassero essenzialmente che un solo. Ma la cosa non va così: il testamento non esiste che nello scritto che ne contiene le disposizioni; l' atto di soprascrizione non fa che comprovare il deposito del testamento. Ciò risulta dalle espressioni stesse della legge: il testatore, presentando lo scritto che contiene la sua ultima volontà dee dichiarare 986, 079 (902, 905) *che il contenuto in quella carta*, e *che la carta che presenta è il suo testamento*. Ma un' altra disposizione della legge prova e la necessità che il testamento sia datato, e che l'atto interno solo è il testamento. L'articolo 976 (902) dice: *in caso che il testatore per un impedimento sopragiunto dopo aver sottoscritto il testamento non potesse sottoscrivere l'atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione ch'ei ne avrà fatto*. La legge suppone dunque che l' epoca della sottoscrizione del testamento, cioè dell'atto che contiene le disposizioni sia stata fissata con la enunciativa di una data. Ma se il legislatore avesse pensato che la data dell' atto di soprascrizione potesse bastare, avrebbe bisognato che prescrivesse questa data; ed è da rimarcare che l' articolo 976 (902) tace intorno alla data dell' atto di soprascrizione, egualmente che intorno a quella del testamento. Non ha dunque dichiarato neppure intenzionalmente, che l' una supplirebbe all' altra. Si può anche dire che se il testamento mistico è valido senza la data dell'atto che ne contiene le disposizioni, lo è pure senza la data dell' atto di soprascrizione, poichè la legge serba silenzio sopra tuttti due.

» I giudici di prima istanza, che hanno sentito tutta la forza di questa obbiezione, han creduto dovervi rispondere dicendo che la legge del 25 ventoso anno 11 sopra l'organizzazione del notariato vuole, *sotto pena di nullità*, che tutti gli atti fatti per mano di notajo enuncino il luogo, l'anno, il mese e 'l giorno in cui vengono stesi. Ma ciò è anche un errore. Per assicurarsene, basterà leggere la disposizione di questa legge, la quale vuole che gli atti di cui si occupa, i quali sarebbero nulli per mancanza di forma, valgano come *atti di privata scrittura*, se sono rivestiti della sottoscrizione *delle parti contraenti*.

» Questa disposizione basta per provare che questa legge non è applicabile ai testamenti, poichè, da una parte, parla delle *parti contraenti*, ciò che non può intendersi che delle obbligazioni; e dall' altra che essa dà agli atti rivestiti di queste sottoscrizioni, ma non regolari nella forma, la forza di atti per privata scrittura, e che un atto di soprascrizione di un testamento mistico non può giammai esser fatto per privata scrittura. Adunque tutto concorre a dimostrare che l'atto di soprascrizione è un atto indipendente dal testamento di cui comprova il deposito, e che quest'ultimo atto deve necessariamente essere datato. »

» Il signor Daniels, il quale arringò per questo affare, ha confutato vittoriosamente questi capi di cassazione.

» È vero (egli disse) che risulta dalle discussioni del consiglio di stato, che nella seduta del 19 ventoso anno 11, e dietro la proposizione del console Cambacérès, si era adottato per principio che *la forma del testamento mistico sarebbe conservata come è stabilita dall'ordinanza del 1735*, e che questa ordinanza, articolo 38, vuole che un testamento mistico sia *datato*, tanto nello scritto che contiene le disposizioni che nell' atto di soprascrizione. Ma sembra che al tempo della compilazione definitiva, tale principio sia stato modificato; poichè il codice non dice,

come l'ordinanza, che lo scritto contenente le disposizioni sarà datato, ma vuole solamente che il testatore sottoscriva questo scritto.

» Parimente dal processo verbale della stessa seduta del 19 ventoso anno 12, come è stato pubblicato, si rileva che lo stesso giorno il consiglio di stato aveva pure adottato per principio che ne' testamenti mistici non verrebbe aggiunto altro testimonio, quando il testatore non sapesse o non potesse sottoscrivere, e nonostante l'articolo 977 (903) del codice dichiara che, in questo caso, *sarà richiesto per l'atto di soprascrizione un testimonio di più del numero prescritto dall' articolo antecedente, il quale sottoscriverà l' atto cogli altri testimonj.*

» Per interpretare con giustezza le disposizioni del codice, non bisogna dunque prender sempre per guida ciò che era stato dapprima deciso nel consiglio di stato. Invano si dice che *la data è dell' essenza di tutti gli atti*, e più particolarmente ancora de'*testamenti*, poichè essa serve a riconoscere se il testatore aveva o non aveva, al tempo della compilazione del suo testamento, la capità richiesta.

» Il principio è vero in tesi generale; ma non si può dedurre che quando si tratta del testamento *mistico*, la data deve apporsi non solamente dal notajo sopra l'atto di soprascrizione, ma anche dal testatore al momento che sottoscrive le sue disposizioni. Finchè il testatore non ha prodotto davanti al notajo lo scritto che contiene le sue disposizioni, il suo testamento non è che un semplice progetto; non può essere riguardato come *testamento* se non quando è rivestito delle formalità prescritte dall' articolo 976 (902) del codice civile. Allora solamente il testatore gl' imprime il carattere di disposizione di ultima volontà; e per conseguenza allora solo egli dee avere la capacità richiesta dalla legge.

» Il *minore*, per es., dispone della totalità de' suoi beni dieci giorni prima di compiere l' età di anni ventuno; munisce di data e sottoscrive il suo testamento; ma lo presenta al notajo per rivestirlo delle solennità di un testamento mistico, *venti* giorni dopo, e per conseguenza in un' epoca in cui era divenuto maggiore. Le disposizioni contenute nel suo testamento saranno esse riduoibili alla metà, conformamente all' articolo 904 (820) del codice civile? La negativa ci sembra incontrastabile, poichè l' atto sottoscritto nel tempo della minor età non era che un *semplice progetto*, e che questo atto è stato sanzionato soltanto nel momento in cui fu rivestito delle formalità prescritte. Da quest' epoca appunto si parte per intendere la massima del diritto, secondo la quale è necessario per la validità di un testamento, che il testatore sia capace al tempo in cui lo fa, e la regola Catoniana, *quod ab initio nullum est, tractu temporis non potest convalescere*. Il testatore che vuol fare un testamento pubblico, dee dettarlo al notajo; e vi è un'infinità di persone cui riuscirebbe assai difficile la dettatura di un testamento. Che si fa? Un avvocato o un notajo lo redige primieramente, e il testatore lo detta alla presenza di uno o due notaj, e de' testimonj, e loro fa lettura dello scritto che ha nelle mani. Ora si può domandargli se egli aveva la capacità di disporre per testamento nel momento in cui faceva distendere questo scritto? Certamente no. Questo scritto non era allora che un semplice progetto: la validità o la nullità del quale non interessava alcuno. È lo stesso dell' atto destinato dal testatore a diventare un giorno *il suo testamento mistico*. Ch' ei sia minore o imbecille nel momento in cui redige il suo atto di ultima volontà, poco importa; basta che divenuto maggiore o di mente sana, approvi ciò che ha fatto nel tempo della sua minor età, e in un'epoca in cui era ancora sotto la curatela a causa della sua imbecillità, e che dichiari allora davanti il notajo e i testimonj che tale è la sua ultima volontà. Lo stesso accade per le formalità estrinseche. Un giovane, per es., sottoscrive e detta le sue disposizioni di ultima volontà che ha fatto scrivere da un altro. Poscia si arruola al servizio militare o intraprende un viaggio di mare: presenta il suo atto a un capo battaglione alla presenza di due testimonj, o all' ufiziale comandante il bastimento ed all' ufiziale di amministrazione, per rivestirlo delle forme del testamento mistico. Questo testamento sarà egli nullo, perchè il testatore non era *militare*, o non era

in un viaggio di mare, allorchè lo sottoscrisse? No, noi pensiamo che non si debba aver riguardo che *all'atto di soprascrizione*: poichè a quest' epoca solamente il testatore ha effettuato *il suo progetto*. Perciò, in un testamento mistico, la data dello scritto che contiene le disposizioni del testatore, non è dell' essenza del testamento. La necessità di datare separatamente lo scritto non proviene dalla natura delle cose; e come il codice civile non prescrive questa formalità, non si può annullare un testamento mistico per la omissione della data nello scritto che contiene le disposizioni del testatore. Noi stimiamo in conseguenza che si faccia luogo a rigettare il ricorso dell' attore. »

» La corte di cassazione in conformità di queste conclusioni,

» Atteso che l'articolo 976 (902) del codice civile vuole che il testatore che fa un testamento mistico o segreto, sottoscriva le sue disposizioni, tanto se siano scritte da lui medesimo, quanto se le abbia fatte scrivere da un altro; che nè questo articolo nè alcun altro gli hanno imposto di datarle; e che il silenzio del codice a questo proposito si spiega colla obbligazione che impone di apporre a queste specie di testamenti una soprascrizione, l' atto della quale disteso da un notajo dee necessariamente avere una data come tutti gli atti di questi funzionarj; che se, nel caso, lo scritto contenente le disposizioni testamentarie di Giovanni Triboulon non presenta che la data del luogo, del giorno e del mese, senza indicazione dell' anno; l' atto di soprascrizione firmato da un notajo e da' testimonj porta la data del 28 *ventoso anno* 12; che perciò il testamento di cui si tratta non offre nulla di contrario a ciò che prescrive il codice civile; e che la corte di appello di Nimes non avrebbe potuto annullarlo senza aggiungere alle disposizioni del codice; la corte rigetta..... »

Venne ad esame nella suprema corte di giustizia il dubbio se un testamento mistico reso difettoso per mancanza di formole possa esser valido assumendo la qualità di olografo. La negativa fu sostenuta con decisione de' 3 aprile 1823.

« *Fatto*. Con testamento olografo de' 30 aprile 1816 D. Oronzio di Donno istituì suo erede la cognata D. Mariantonia Valente, e morì a' 24 settembre del suddetto anno. La signora Valente autorizzata da suo marito D. Francesco Maria di Donno accettò la disposizione; ed il testamento con verbale de' 19 dicembre dello stesso anno fu dato a conservare ad un notaro.

» D. Francesco Maria di Donno fe anche il suo testamento tutto scritto, e sottoscritto di sua mano, con cui lasciò erede la stessa sua moglie signora Valente. Un tal testamento fu dato a chiudersi ad un notaro nel dì 10 dicembre del suddetto anno, che vi fe l' atto di soprascrizione; ed indi fu aperto nel dì 9 febbrajo 1819.

» D. Andrea Carrapa tanto nel suo proprio nome, che qual cessionario de' fratelli Treglia, con atto de' 29 del seguente mese di marzo attaccò di nullità gli enunciati due testamenti.

» Il tribunale civile di Lecce con sentenza de' 29 febbrajo 1820 mentre dichiarò valido il primo testamento annullò il secondo, dichiarando aperta la successione di D. Francesco Maria di Donno a favore degli eredi legittimi. Sull' appello di ambe le parti, la gran corte civile di Trani con decisione de 3 febbrajo 1821 dichiarò valido tanto il testamento olografo di D. Oronzio di Donno, quanto il testamento di D. Francesco di Donno; ed assolvè la signora Valente dalla domanda del signor Carrapa.

» Costui ne ricorse alla corte suprema di giustizia, documentando la sua indigenza.

» Egli allegò relativamente al testamento di D. Oronzio di Donno 1.° Che la data non precedeva, ma seguiva la sottoscrizione, contro il disposto dell' articolo 976 del cod. civile 2.° Che il testatore avendo attaccata la validità della sua disposizione alla mancanza degli eredi legittimi, e non essendosi questa circostanza verificata per aver lasciato superstite D. Francesco Maria suo fratello, il testamento dovea dichiararsi nullo: 3.° Che la signora Valente ne' suoi capitoli matrimoniali del 1 agosto 1815 essendo stata dallo sposo, e cognato provveduta di sopravvivenza, e dell' abitazione, e non potendo presumersi, come in meno di un' anno avesse

potuto in entrambi succedere una mutazione di volontà, dovea conchiudersi di aver ella profittato della imbecillità di due vecchi.

» Per rapporto al testamento di D. Francesco Maria di Donno lo stesso signor Carrapa dedusse 1.° Che secondo il disposto degli articoli 39 43 46 e 47 della legge notariale, e dell'articolo 976 del cod. civile il testamento non potea valere come mistico, poichè nell'atto di chiusura fu omessa la conoscenza del testatore; non fu data lettura dell'atto medesimo al testatore, ed a' testimonj, la menzione dell'ora della chiusura non precedeva la sottoscrizione del testatore stesso, e de' testimonj, e mancava la menzione dell'unico contesto: 2.° Che il testatore volendosi servire della forma mistica, non potea il testamento valere come olografo in virtù di quel principio, che gli atti nostri non possono essere operativi al di là delle nostre intenzioni. E quindi si eran violate le *L.* 19. *ff. de reb. dub.* e 9. *ff. de hered. instit.* 3.° Che da' varj atti, ed avvenimenti comprovandosi la imbecillità, e la stupidezza del testatore, allorchè fece il testamento, ed essendosi la signora Valente avvaluta di questo stato per carpirne la istituzione a suo beneficio, la gran corte non solamente vi applicò l'articolo 421 delle leggi civili che riguarda gli atti tra' vivi mentre dovea applicarvi l'articolo 901; ma negò benanche la pruova testimoniale, in contradizione degli articoli 1304 n.° 3 e 1305 delle stesse leggi.

» Per parte della signora Valente fu dedotto il fine di non ricevere per essere stato intimato il ricorso, senza essere stato accompagnato nè dalla dovuta quietanza del ricevitore, nè da verun documento comprovante la indigenza del ricorrente.

» Udito il rapporto: intesi gli avvocati, D. Vincenzo Catalani per Carrapa, e D. Gaspare Capone per Valente; ed inteso il pubblico ministero il quale dopo di aver manifestate le sue osservazioni tendenti pel rigetto del ricorso, ha conchiuso, rimettendosene alla giustizia del collegio.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

Sulla opposta ricettibilità

» Attesocchè la legge prescrive, che il ricorso accompagnato dal deposito, debba intimarsi di unita alla quietanza del ricevitore de' ducati 40 depositati per la multa; articolo 582 delle leggi di procedura. E per le persone indigenti stabilisce semplicemente, che debbano esse produrre unito al ricorso un certificato d'indigenza; senza obbligare i ricorrenti ad intimare di unita al ricorso il certificato d'indigenza. Articolo 586 delle stesse leggi.

» Attesocchè nell'intimarsi il ricorso prodotto da Andrea Carrapa fu anche dall'usciere dichiarato, che il ricorrente non avea fatto il deposito, perchè godeva del beneficio accordato dal suddetto articolo 586 per essere persona indigente.

Sul merito

» Attesocchè per la validità del testamento olografo è richiesto solo, che sia scritto, datato, e sottoscritto di propria mano del testatore senz'altro.

» Attesocchè il testamento di D. Oronzio di Donno ha il concorso simultaneo delle indicate formalità. E comunque la data non preceda la firma (dizione, che non va esente da vizio, e perchè non corrisponde all'ordine, con cui le formalità sono indicate, e perchè la firma vuol esser termine, e come suggello dell'atto) pure dacchè D. Francesco di Donno germano, ed unico immediato successore del fratello, lungi di attaccarlo il riconobbe col suo testamento; e quindi autorizzò la moglie ad adire la eredità del cognato, e finchè visse ne lasciò a lei il pacifico godimento, potè la gran corte non arrestarsi a cotesto motivo.

» Attesocchè tranne coloro, cui è dato il dritto a porzione di riserva, niun altro può attaccare l'altrui disposizione sul pretesto di eccesso nella liberalità, o di dimenticanza, ed errore nella persona di un congiunto. Ora il sacerdote D. Oronzio di Donno non avendo nè padre nè altro ascendente, non errò, ove disse, che non vi fosse erede, che avesse dritto ai suoi beni. E malamente s'invoca la *L. 5. Cod. de testam.* e la *L. 4. D. de heredibus inst.* in cui è detto, che l'errore nella qualità dell'erede istituito, rende nul-

la la istituzione. La Valente era moglie al fratello del testatore, ed egli la istituì erede, come cognata, vale a dire, che convenne nel nome, come nel carattere della medesima.

» La gran corte quindi confermando col suo arresto la sentenza de' primi giudici, vindice del testamento di D. Oronzio di Donno, lungi di contravvenire alle leggi invocate nè fece la più regolare applicazione.

Sul testamento di D. Francesco di Donno.

» Attesocchè dall'avvicinamento de' due articoli 504 e 901 del cod. civile è manifesto, che sono i medesimi diretti a regolare due casi diversi; il primo riguarda la demenza abituale; ed è detto, che per attaccare gli atti di un' individuo per causa di demenza, è d'uopo, che vi sia la dichiarazione della demenza fatta dal magistrato, o che risulti dall'atto medesimo. Il secondo è relativo alla demenza eventuale: e dacchè il legislatore ha generalmente richiesto, che per fare testamento, o donazione tra vivi è necessario, che il testatore sia sano di mente: implicitamente è ammessa la pruova della demenza abituale, da cui il disponente si dica colpito al tempo dell'atto. Ma è vero altresì, che per attaccare la liberalità di un' individuo, di cui non fu in vita provocata la interdizione, debbono allegarsi fatti positivi, e concludenti di dememza. La presunzione stà sempre per la validità dell' atto; ed il calcolo delle presunzioni in contrario portanti ad ammettere, od a negare la pruova è interamente rimesso alla savviezza, e prudenza del magistrato. Ond' è, che ove la gran corte ha veduto nelle produzioni argomenti valevoli ad assicurarsi della sanità della mente del testatore, ed ha negata la pruova, si è valuta della sua facoltà non soggetta alla censura della corte suprema.

» La corte suprema considera, che l'atto prende essere, e vita dalla forma, e volontà delle parti, come prende autenticità dall'ofsiciale destinato a riceverlo. Quindi è che qualora l' individuo non ha voluto fare un testamento olografo ed ha chiamato il notajo, ed i testimonj, per un testamento mistico, ove si trovi nullo come mistico non può darsegli la asistenza come olografo, dacchè quello, che il testatore volle non esiste all'occhio della legge: ciò, che non volle, e per avventura si trovi, manca di vita egualmente, perchè non si verifica il concorso della volontà; *et actus agentium nunquam operatur ultra eorum intentionem.* E se nel dubbio, che una ed un'altra forma siasi voluta dal testatore per lo favore dovuto all' ultima volontà de' defunti, possa opinarsi per la validità dell' atto qualunque si trovi; quando poi sia certo, che siasi voluto più una specie, che un'altra non può ammettersi ciò, che il testatore non volle.

» Ora è manifesto che D. Francesco di Donno volle fare un testamento mistico. La letterale dichiarazione del notajo ed il contegno del testatore lo dimostrano ad evidenza. Quindi è, che ove la gran corte civile lo riconobbe nullo, come testamento mistico per difetto di forma, e lo disse valido, come olografo, dacchè era scritto datato, e firmato dal testatore volle ella ciò, che il testatore non volle a fu in contraddizione con se medesima dichiarando nullo, e valido lo stesso atto nel tempo medesimo, anche perchè sotto l' impero delle leggi romane, perchè un testamento nullo valesse come codicillo, non bastava che ne avesse i solenni, ma faceva d' uopo della dichiarazione di volontà. Or che la legge, mentre ha fissata la forma de' testamenii, e non presenta cotesti mezzi suppletorj, mancando al caso, e la forma del testamento che si volle, e la volontà pure di darle esistenza in altro miglior modo, si è contravvenuto alle regole sulle diverse forme di testamento; quando un testamento nullo come mistico si è dichiarato valido come olografo.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema senz'arrestarsi al fine di non ricevere, che rigetta, annulla quella parte della decisione impugnata colla quale si è dichiarato valido il testamento di D. Francesco di Donno: rimettendo le cose allo stato precedente a tal dichiarazione, rigetta il ricorso per ciò, che riguarda il testameto di D. Oronzio di Donno; e per la parte annullata della detta decisione invia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli.

» §. 14. Se il testatore non sappia sottoscrivere o non l'abbia potuto quando ha » fatto scrivere le sue disposizioni, sarà ri-

» chiesto per l'atto di soprascrizione un te- » stimonio di più del numero prescritto nel- » l'articolo antecedente, il quale sottoscri- » verà l'atto cogli altri testimonj; e si espri- » merà il motivo per cui sia stato richiesto » questo testimonio. *Art.* 903. *Leg. civ.*

È uniforme il rescritto degl'imperatori Teodosio, e Valente.

» Quod si literas testator ignorat, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus. *L.* 21. §. 2. *cod: de testamentis.*

» In questa guisa, dicono gli autori delle pandette francesi, anche colui il quale non può scrivere nè firmare potrà fare un testamento mistico; ed allora la condizione prescritta per la sua validità è di chiamare un ottavo testimone, che insieme cogli altri sottoscriva l'atto di soprascrizione; e si dovrà far menzione del motivo per cui egli è stato chiamato.

» Questo testimone dee necessariamente saper scrivere, anche nelle campagne, perchè la sua firma è essenziale. Nè poi basta di chiamare un'altro testimone e farlo sottoscrivere; ma si richiede assolutamente ancora di far menzione nell'atto di soprascrizione, come esso è stato chiamato, perchè il testatore non sapeva o non poteva firmare. Furgole trova troppo rigorosa questa disposizione, la quale si conteneva ancora nell'articolo 9 dell'ordinanza del 1735; ma noi non vi scorgiamo cotesto rigore. *Osservaz. all' art.* 978 *del cod. civ.*

» §. 15. Coloro che non sanno o non possono leggere, non potranno fare veruna disposizione in forma di testamento mistico » *Art.* 904. *Leg. civ.*

Delvincourt riguarda in questo caso il testatore il quale non sa o non può leggere lo scritto a mano. Non basterebbe che egli sapesse leggere la scrittura stampata; e siccome colui che non sa e non può leggere, e meno scrivere, non potrà fare testamento olografo, così questi potrà solo testare per atto pubblico; e se è interamente sordo non potrà testare, nemmeno in questo modo, per causa di non poterne ascoltare la lettura. Egli morirà dunque interamente intestato.

» In quanto al modo in cui potrà essere dimostrato il fatto che il testatore non sapeva, e non poteva leggere, credo che tal prova possa esser fatta per testimonj. È anche difficile che possa diversamente eseguirsi. Ma spetterà al legatario il dimostrare che il testatore potea leggere o all'erede legittimo il provare che egli non potea farlo? Credo esser d'uopo distinguere: se costasse che il testatore avesse saputo leggere, e si pretendesse che egli no 'l poteva nel tempo della disposizione, spetta all'erede legittimo il dimostrare il fatto che serve di base alla sua azione o alla sua eccezione. Sarebbe lo stesso maggiormente se l'atto di soprascrizione facesse presumere che il testatore sapeva, e poteva leggere, ed in questo stesso caso potrebbe essere necessario di passare alla inscrizione in falso: in tutti gli altri casi la pruova dovrebbe essere a carico del legatario. *Delvincourt. Corso del cod. civ. nota* 213 *al tit.* 4. *Tomo* 5.

» §. 16. Nel caso che il testatore non possa parlare, ma possa scrivere, potrà fare » un testamento mistico: a condizione però » che sia interamente scritto, datato, e sot- » toscritto di sua propria mano; che egli lo » presenti al notajo ed a' testimonj; che in » fronte dell' atto di soprascrizione scriva in » loro presenza, che la carta che egli pre- » senta è il suo testamento. Il notajo stende- » rà in seguito l'atto di soprascrizione nel » quale esprimerà che il testatore ha scritto » le indicate parole alla sua presenza e de' » testimonj; e si osserverà nel resto tutto » ciò che è prescritto nell'articolo 902. *Art.* » 905. *Leg. civ.*.

» Questa disposizione, dicono gli autori delle pandette francesi potrebbe sembrare inutile; poichè il testamento descritto non è altro che l'olografo, il quale è perfetto tostocchè è scritto, datato, e firmato di propria mano del testatore. Ora perchè mai, potrebbe dirsi di aggiungervi in seguito forme rigorose ed imbarazzanti?

» Si dee rispondere esser questa una specie di compiacenza usata dalla legge verso l'abitudine: dal testatore dipenderà il seguire o il rigettare siffatte forme.

» Ma se non vengono esse esattamente osservate, il testamento sarà nullo?

» Per sostener la negativa si potrebbe addurre l'articolo 976 (902) nel quale si dice che per la validità del testamento olografo basta che esso sia scritto, datato, e sottoscritto di mano del testatore; senza esser assoggettato a verun'altra forma. Dunque, si dirà, poco importa che le formalità prescritte sieno mal eseguite, poichè non sono necessarie: il testamento allora sarà olografo, e dee valer come tale.

» Bisogna convenire che questo argomento è solido; nondimeno noi opponiamo, che il testamento in questo caso dee dichiararsi nullo, perchè il testatore ha voluto fare non un testamento olografo, ma il mistico; e per conseguenza egli ha voluto, e dovuto osservarne le formalità. Sarebbe questo il caso di applicar la massima: *fecit quod non potuit, quod potuit non fecit. Osservaz. all' art.* 979 *del cod. civ.*

» Se questo articolo, osserva poi Toullier, porta che colui il quale non può parlare può fare un testamento mistico, con obbligo che il testamento sarà interamente scritto, datato, e sottoscritto di sua propria mano, si dee tenere per un caso particolare: è come se la legge avesse detto che colui il quale non può parlare, non può fare se non un testamento olografo, che può essere rivestito delle forme del testamento mistico. Il testatore dee presentarlo al notaro, ed a' testimonj, e scrivere nella loro presenza che la carta che presenta è il suo testamento: dopo di che il notajo scriverà l' atto di soprascrizione, nel quale dee farsi menzione che il testatore ha scritto queste parole in presenza del notajo, e de' testimonj. Bisogna di più osservare le altre formalità ordinate dall' articolo 976 (902).

» Ma non bisogna dalla redazione singolare dell' articolo in esame ricavare che colui il quale non può parlare non possa fare un semplice testamento olografo: non è questo lo spirito del codice. Il citato articolo 979 (905) è copiato sull' articolo 12 dell' ordinanza del 1735. Questa legge avea divise le formalità de' testamenti in due capitoli: il primo conteneva le formalità de' testamenti ne' paesi di dritto scritto, il secondo le formalità de' testamenti ne' paesi di consuetudine.

» Ne' paesi di dritto scritto i testamenti olografi non erano ricevuti se non nel solo caso de' testamenti fatti in favore de' figli e discendenti.

» Da un' altra parte i muti che sapevano scrivere non potevano fare un testamento nuncupativo: essi adunque sarebbero stati privi della facoltà di testare, se non avessero potuto fare un testamento mistico. L' articolo 12 loro lo permise, esigendo nondimeno che il testamento fosse interamente scritto, sottoscritto, e datato di loro propria mano. Il testamento che non fosse stato valido come olografo in paese di dritto scritto, era valido mediante la forma di testamento mistico.

» Ma ne' paesi di consuetudine ne' quali non si conoscevano se non due specie di testamenti, gli olografi interamente scritti, datati e sottoscritti di propria mano del testatore, ed i solenni ricevuti da due notaj, da un notajo o dal curato accompagnato da due testimonj non si era affatto interdetta a' muti che sanno scrivere, la facoltà di fare un testamento olografo. Sarebbe stato lo stesso di ridurli alla impotenza di testare; giacchè non potevano fare testamenti solenni.

» Sotto l' impero del codice ogni persona che sa scrivere può fare un testamento olografo, eccettuate quelle che la legge ne dichiara incapaci. Art. 902 e 970 (818 e 895). Or su questo punto non vi è incapacità contro de' muti: essi dunque possono, come ogni altra persona fare un testamento olografo *Toullier. Corso di dritto civile n.* 476 *e* 477. *Tomo* 5.

» È difficile il dire, riflette quindi Delvincourt, perchè si esigono in tal caso tutte queste formalità. In quanto alla scrittura se n' è data una tal quale ragione. Si è detto che il muto non poteva far scrivere la sua disposizione da un altro poichè bisognerebbe che la dettasse, lo che gli è impossibile. Ma potrebbe farne l' abbozzo e farlo copiare da un altro. Che che ne sia, ed ammettendo la necessità della scrittura, come giustificare quella della data? L' articolo 12 dell' ordinanza, di cui l' articolo 979 (905) non è che la copia, esigeva in vero tali formalità: ma questa disposizione nell' ordinanza era conseguente. L' articolo 38 esigeva nel caso del testamen-

to mistico ordinario, la data non solo dell' atto di soprascrizione, ma eziandio della disposizione. La stessa formalità doveva richiedersi con più ragione nel testamento del muto. Ma il codice avendo soppresso la necessità della data nell' articolo 976 (932) per essersi ragionevelmente riconosciuto che era l' atto della soprascrizione quello che doveva fissar la data del testamento non trovo perchè siasi poi conservata la necessità della data nell' articolo 979. D' altronde l' articolo 12 dell' ordinanza era fatto unicamente pei paesi di dritto comune in cui i testamenti olografi non erano ammessi, meno che non fossero stati *inter liberos*. Si era pertanto creduto doverli ammettere a riguardo dei muti, ma coll' obbligo a' medesimi di farli rivestire delle solennità del testamento mistico Ora questa ragione è nulla nel dritto attuale che permette a tutti e da per ogni dove di testare nella forma olografa. Ma checchè ne sia la disposizione è precisa: ed un testamento mistico fatto da un muto sarebbe certamente nullo ove non vi fosse la data, e ciò a' termini dell' art. 1001 1927 Leg. Civ. (*Vedi su l' oggetto la decisione della corte di cassazione di Parigi* §. 13.).

» Del resto può sorgere a questo proposito una quistione molto importante. Egli è indubitato, che nel caso dell' art. 979 questo testamento, indipendentemente dall' atto di soprascrizione, riunisce tutte le condizioni richieste per la validità di un testamento olografo. Se si supponesse ora che l' atto di soprascrizione fosse nullo, il testamento varrebbe almeno come olografo? La stessa quistione può presentarsi riguardo al testamento mistico fatto da qualunque individuo, e che si trovasse scritto per intero, datato e firmato dal testatore. (*Vedi* §. 13. *decisione della suprema corte di giustizia de'* 3 *aprile* 1823). È sorprendente, che il giudizioso *Ricard* abbia potuto su tale quistione adottar la negativa. Egli fonda così il suo ragionamento. Avendo il defunto manifestato voler fare il suo testamento in una forma più solenne, è da riputarsi ch' egli non ebbe sicuramente il disegno di confidare la sua volontà in una forma più comune, e meno sicura; quindi non trovandosi perfetto nella maniera da lui scelta, l' atto ch' è stato fatto non è sufficiente per far fede delle sue intenzioni.

» È evidentissimo essere tal ragionamento un puro sofisma. Ed in effetti qual' intenzione si può ragionevolmente supporre nell' uomo il quale dopo aver fatto un testamento olografo lo riveste della forma mistica? Può mai credersi ch' egli abbia voluto così annullare il suo testamento come olografo? No certo. *Non credendus est quisquam*, dice Ulpiano nella legge 3. *D. de testam. militis*, *genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia; sed magis utroque habere voluisse propter fortuitos casus*: Ora quali sono gl' inconvenienti, *fortuitos casus*, che vuol prevenire o impedire il testatore nella specie proposta? In primo la soppressione del suo testamento. Il testamento olografo può in vero essere depositato presso un notajo, ma non è in uso farne atto di deposito: in conseguenza non v' ha nulla che lo comprovi. Il testamento mistico può essere, ed è ordinariamente messo nel numero delle minute del notajo; nel suo repertorio dev' essere registrato l' atto della soprascrizione. Vi è dunque molto meno a temere che sia disperso, e soppresso. In secondo luogo il testamento olografo è un atto sotto firma privata, che può in conseguenza essere impugnato, ed allora spetta a colui che ne sostiene la veracità a provarla. L' atto di soprascrizione dà al testamento mistico il carattere di autenticità, ed in forza di ciò fa fede, finchè non vi è inscrizione in falso, ed allora spetta a colui che sostiene di esser falso di provarlo. Sicuramente tali motivi sono sufficientissimi per determinare il testatore a rivestire il suo testamento olografo della forma mistica, senza improntargli l' idea di far dipendere la esecuzione dell' ultima volontà da tale o tal' altra forma di testamento. *Non credendus est voluisse genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia*.

» Ciò che v' ha di singolare si è che *Ricard* medesimo ha consagrato tali principj nel suo numero 548 dove esamina la quistione di sapere, se, allorchè il testatore ha riconosciuto innanzi a' notaj il suo testamento olografo, a fin di dargli il carattere di atto

autentico, la incapacità del notajo debba viziare il testamento, e decide per la negativa: visto che, dice egli, il teatamento e la ricognizione sono due atti separati che possono sussistere uoo senza dell' altro, di maniera che il vizio che s'incontra in uno non può far pregiudizio all' altro ch' è rimasto adempito in tutte le sue forme, ec. Ora tal ragionamento non si applica egli al testamento olografo ch' è stato rivestito di un atto di soprascrizione il quale si trova nullo?

» Finalmente il codice ha sanziooato l'istesso priocipio diceodo, articolo 1318 (1272) che l'atto nullo come atto notariale, era valido come atto sotto firma privata ove fosse rivestitu della firma delle parti. Duoque ec. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5 *nota* 214 *al tit.* 4.

L' abolita nostra corte di cassazione a di 8 agosto 1811 decise non esservi ambiguità nell'espressioni di un testamento quando questo in se stesso cootiene il senso per cui si prova la volontà del testatore.

» *Fatto.* Carlo Illiano avendo una figlia per nome Anastasia, una nipote per nome Girolama Capuano nata da Chiara sua figlia, e qnattro nipoti maschi nati dal suo figlio Gioacchino con testamento de' 6 febbrajo 1758 istitui eredi i suddetti quattro nipoti maschi chiamati Bartolomeo, Michele, Giuseppe, e Giosafatte Illiano con reciproca sostituzione fra loro, se alcuno di essi senza prole morisse; e mancando tutti senza figli invitò a' suoi beni i maschi più prossimi di cognome Illiano da esso testatore discendenti, escludendo espressamente le femioe di cognome Illiano.

» Succeduti i suddetti quattro nipoti maschi, tre di essi morirono senza prole. Rimasto superstite il solo Bartolomeo, acquistò egli tutta la eredità dell'avo.

» Morto nell' anno 1806 anche Bartolomeo senza figli, de' di costui beni così propij, come pervenutigli dal padre, e dall' avo, si posero in possesso le mentovate Anastasia Illiano, e Girolama Capuano.

» Per l'opposto taloni pronipoti del testatore Carlo per linea collaterale, cioè Francesco Illiano figlio di Raimondo, ch' era figlio di Gennaro fratello del teatatore Carlo, e Giuseppe Carlo, Raimondo, e Nunziante Illiano figli di Cipriano, che fu figlio di Giuseppe anche fratello dello stesso Carlo dimandarono presso l'abolita Vicaria civile la spettanza de' beni del prozio: essi l'otteonero nel dì 23 febbrajo 1807 senza essere state intese Anastasia e Girolama. Queste appena che fu loro un tal decreto intimato, ne produssero gravame al tribunale del S. C. Ma il loro gravame per la sopragiunta organizzazione de' novelli tribunali fu discusso dalla corte di appello residente in Napoli.

» Questa con decisione de' 31 dicembre 1810 annullò la spettanza ordinata dalla Vicaria civile, e con novella decisione dichiarò, che stante la morte di Bartolomeo, Michele, Giuseppe, e Giosafatte Illiano la sostituzione di costui era rimasta estinta nella persona di Bartolomeo e che quindi Girolama Capuano, ed Anastasia Illiano non fossero molestati su i beoi di Carlo da' mentovati Francesco, Giuseppe, Carlo, Raimondo, e Nunziante Illiano.

» Cootro di questa decisione si provvidero di ricorso per cassazione Carlo e Giuseppe Illiano; essi dedussero, che per chiara volontà del testatore Carlo, erano escluse le femine dalla di lui eredità: che in mancanza de' maschi istituiti erano chiamati ai più prossimi di cognome Illiano da lui discendenti: escluse le femine di tal cogoome: che la corte di appello ammettendo le femioe, si oppose alla volontà del testatore: che noo potendo i più prossimi di cognome Illiaoo rinvenirsi nella linea disceodentale del testatore, doveansi rinvenire nella linea collaterale: che la parola discendenti usata dal testatore fu impropriamente usata: e che la *L.* 12 *ff. de reg. jur.* la *L.* 24 *ff. de reb. dub.* e la *L.* 168 §. 1. *ff. de reg. jur.* risolvevano la interpetrazioue del testamento di Carlo in loro favore.

» La prima sezione della gran corte con decisione de' 10 giugno del corrente anno 1811 ammise il ricorso.

» Udito il rapporto: inteso il signor Pasquale Marrazzo avvocato de' ricorrenti Illiano, ed il signor Camillo Saponara avvocato de' conjugi Pasquale, ed Anastasia Illiaoo, e de' conjugi Michele Schiano, e Girolama

Capuano, e di altri, ed inteso il reg. procuratore generale sostituto Ciaociulli nelle sue verbali conclusioni, colle quali ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La gran corte deliberando nella Camera del consiglio - Vista la decisione: Visto il ricorso per cassazione.

» Facendo dritto alle conclusioni del pub. ministero.

» Veduta la *L.* 3. *ff. de reb. dub.* così concepita. *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed dumtaxat quod volumus. Itaque qui aliud dicit quam vult neque id quod vult, quia id non loquitur.*

» Vedute parimenti la *L.* 188 *de reg. jur.* e *L.* 1. 2 *de his, quae pro non scriptis hab.*, che nel seguente modo si esprimono » *ubi pugnantia inter se in testamentum juberent, neutrum ratum est* » *quae in testamentum scriptum essent, neque intelligerentur, quid significarentur ea perinde sunt, ac si scripta non essent.*

» Considerando, che la mentovata leg. 3. riconosce una differenza tra l'uomo che ambiguamente parla, e colui, che non a proposito, ma diversamente si esprime: che ambiguo discorso dicesi giusta la *L. Cum Stichus D. de solut.* quello che può essere tratto a doppio intendimento: che in tal caso sebbene le voci del testatore siano ambigue, egli non però non è giammai con se stesso ambiguo, perciocchè non è sua volontà, che si eseguano entrambi i sensi, che dall'ambiguo suo parlare risultano, ma uno de' due soltanto; ed è perciò, che la legge vuole, che si esegua quello intendimento pel quale vi concorra la pruova di contenersi nella volontà del testatore: che per l'opposto diversa ragione concorre nel caso di colui, che non ambiguamente parla, ma sibbene non a proposito, dicendo tutt'altro di quel che nell'intelletto avea concepito, perchè egli allora non dice quel che le parole significano, non essendo stato quello il suo intendimento, ne esprime quel che volle, perchè nol disse; ed in tal caso non vi può essere luogo ad interpretazione benigna; ed ove il testatore abbia espresso un sentimento ripugnante per modo, che inintelligibile si rende, come possa quella eseguirsi, si ha come non iscritto nel testamento giusta le disposizioni delle rapportate *LL.* 188 *de reg. jur.* e 2. *de his quae pro non scriptis hab.*

» Considerando, che il testamento di Carlo Illiano non contiene ambigua espressione, allorchè chiama i più prossimi della casata Illiano discendentino da esso testatore in genere mascolino. E d'altronde essendo ripugnante cosa, ch' esistessero i discendenti maschi dal testatore, nel caso, che tutt' i nipoti nati dall'unico suo figlio predefunto, fossero morti senza figli, la sua disposizione, che ripugnanti cose conteneva si rendeva non intelligibile nel caso avvenuto, di essere effettivamente mancati i suoi discendenti senza prole, e per ciò soggetti all' impero della citata *L.* 2. *de his quae pro non scriptis. hab.* che riputavala come non iscritta nel suo testamento.

» Considerando in fine, che la corte di appello residente in Napoli nel dichiarare svanita la sostituzione contenuta nel testamento di Carlo Illiano si è uniformato alle sopraesposte teorie, e lungi dall'aver violata legge alcuna, ha per l'opposto seguito la letterale disposizione delle trascritte leggi.

» La gran corte ha deciso di rigettarsi il ricorso. »

» §. 17. I testimonj richiesti per far te-
» stimonianza nel testamento debbono esser
» maschi, maggiori di età, sudditi del re, e
» che godono dei dritti civili. *Art.* 906.
» *Leg. civ.*

Giustiniano stabilì la regola generale, che possono essere testimoni tutti quelli che possono testare; escluse per ciò la donna, il servo, il furioso, il muto, il sordo, e l'interdetto.

» Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier (*ratio est ut Cod. de fideicom. L. fin. et est timor falsitatis. Quid de hermaphrodito? responde: si praevalet masculino sexu recipitur*) neque impubes, neque servus, neque furiosus (*nisi habeat dilucida intervalla*) neque mutus (*qui nihil loqui vel audire potest*) neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii quos leges jubent improbos, intestabilesque (*ut de crimine famoso damnatus*) esse possunt in numero testium adhiberi. *Institut.* §. 6. *lib.* 2. *tit.* 10. *de testam. ordin.*

Casus. Domine, jam video quot testes debeant adhiberi in testamento. Dicatis modo mihi, qui possunt esse testes in testamento? Ad hoc respondit: amice, testes jure adhiberi solent hi qui ex testamento capere possunt. Hoc tamen non est generaliter verum; quia neque mulier, neque impubes, neque mutus, neque furiosus, neque ille cui administratio bonorum interdicta est, neque famoso crimine damnatus, vel muliebria in corpore suo passus (quem lex jubet improbum intestabilemque esse) in numero testium in testamentis condendis adhiberi possunt. »

Se avviene che alcuno creduto valido a far testimonianza in un testamento, si conosca poi esser riprovato dalla legge, come quegli che si creda suddito del re, e godente i dritti civili, quando non sia tale; questo errore è valevole ad impugnare il testamento? Giustiniano risponde negativamente.

» Sed cum aliquis ex testibus, testamenti quidem faciendi tempore liber ex'stimabatur, postea autem servus apparuit, tam divus Hadrianus Catoni, quam postea divi Severus, et Antoninus rescripserunt subvenire se ex sua liberalitate (*et sic plus valet quod est in opinione quam quod est in veritate*) testamento; ut sic habeatur firmum, ac si ut oportebat, factum esset: cum eo tempore quo testamentum signaretur omnium consensu hic testis liberi loco fuerit; nec quisquam esset qui status ei quaestionem moveret. *Instit. §. 7. lib. 2. tit. 10. de testamentis ordin.*

Casus. Domine, quidam condidit testamentum; et in testamento septem adhibuit testes specialiter convocatos; et coram eis voluntatem suam ultimam declaravit, et nomen heredis expressit, et testes subscripserunt, et testamentum sigillavit, quo facto decessit testator: mortuo testatore quidam ex testibus apparuit servus, qui tamen tempore faciendi testamenti liber ab omnibus putabatur: modo quaero utrum istud testamentum debeat infirmari, quasi juris solennitate non servata? et respondit quod non: imo testamentum tamquam rite factum firmitatem obtinebit: cum enim aliquis ex testibus tempore testamenti faciendi liber ab omnibus existimatur: quamvis postea servus apparuerit, tam divus Hadrianus, quam divi Severus, et Antoninus Catoni super tali dubitatione quaerenti rescripserunt subveniendum esse testamento ex hujusmodi libertate putativa; ut sic ratum, et firmum habeatur, nec erat aliquis qui eo tempore status quaestionem ei moveret. »

Un padre, ed i figli, che sono sotto la sua potestà possono adoprarsi per testimoni in un testamento? Giustiniano risponde per l'affermativa.

» Pater nec non is qui potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi. *Institut. §. 8. lib. 2. tit. 10. de testamentis ordinan.*

Casus. Quidam fecit testamentum suum et in testamento suo adhibuit septem testes, inter quos fuit Petrus, et Martinus filius Petri, quem Martinum Petrus habuit in sua potestate: modo quaero, utrum pater, et filius existens in potestate ejus, scilicet Petri, possint esse testes in eodem testamento? respondeo quod sic: nam pater et ille qui in ejusdem patris potestate est, in eodem testamento testes adhiberi possunt. Nihil enim nocet ex una domo pluris testes alieno negotio adhiberi posse. »

Su la non idoneità dei testimoni nel testamento Voet distingue quelli interdetti dalla natura da quelli interdetti dalla legge.

» Conditionem testium an idonei sint, nec ne, tunc inspicere debemus, cum signant testamentum, non mortis tempore; ac proinde si tunc cum signarent tales fuerint, ut adhiberi potuerit nihil nocet, si quid postea eis contigerit *L. ad testium 22. Conditionem 1. D. h. t.* cujus ratio energica est in libris feudorum, quibus ad investituram testes adhibendi curiae pares. *Quid enim* (inquit Feudista lib. 2. tit. 19) *peccavit qui investituram accepit, si illi quos eo tempore, ut potè idoneos adhibuit, postea pares esse desierunt.* Idonei autem censentur omnes, cum quibus est testamenti factio passiva, si non inveniantur aperte prohibiti §. *testes autem 6. Instit. de testam. ordin.* vel natura, vel lege. Natura prohibentur testes in testamento esse impuberes, furiosi, nisi dilucida intervalla habeant, et his similes prodigi, quibus

bonis interdictum est, mente capti, muti, surdi, caeci; eo quod tales propter mentis aut corporis vitium intelligere non creduntur, quid vere geratur, ac plerique eorum pro absentibus habentur, et caecus nec videre testatorem, nec signa postmodum agnoscere potest, quod tamen utrumque necessarium est. *L. si non speciali* 9. *Cod. de testam. L. eum ab initio* 4. *L.* 5 6. 7. *D. testam. quemad aper. inspic. et describ.* Lege repelluntur a testimonio in testamentis dicendo mulieres, idque ex vestigio juris antiqui, quo testamenta, celatis comitiis aut in procinctu condi solita, muliebre testimonium habere non poterant, foeminis neque comitiorum, aut consiliorum publicorum neque aciei communionem habentibus. Ad haec servi, improbi, et intestabiles, veluti ob carmen famosum damnati *L. cum lege* 26. *D. h. t. L. ob carmen* 21. *D. de testib.* haeretici, apostatae *authent. credentes Cod. de haeret. et Manich. L. hi qui sanctam* 3. *Cod. apostatis.* damnati lege julia de adulteriis, et repetundarum *L. scio quidem* 14. *L.* 1. *D. de testib. L. qui testamento* 20 §. *eum qui* 5. *D. h. t.* (in quo §. 5. addenda particula *non* ut ex subjuncta ratione, et ex d. L. 15 colligi potest) et in genere omnes illi, qui vel ipso jure, vel judicis sententia, vel justa virorum gravium, et honestorum opinione infamia notati sunt. Licet enim sola facti infamia aspersi in judiciis testes adhiberi possunt, et aliquam judici fidem facere. *Voet ad Pandectas lib.* 28. *tit.* 1. *qui testam. facere possunt. n.* 7.

Oltre i casi pei quali le nostre leggi civili dichiarano la privazione dei dritti civili in conseguenza di condanne giudiziali, (*Vedi dritti civili* §. 17.) il codice penale francese adottato nel nostro regno a 23 aprile 1812 ammetteva la degradazione civica. Questa consisteva » nella destituzione, e nella esclusione del condannato da ogni funzione o impiego pubblico, e nella privazione di tutti i dritti espressi nell'articolo 28. (*Art.* 34); cioè il condannato non poteva mai essere giurato, nè perito, nè essere impiegato come testimone negli atti (*Art.* 28.) Quindi questa degradazione civica era pronunciata » 1.° contro i funzionarj pubblici che avevano trascurato di prestarsi a verificare le detenzioni illegali, o arbitrarie (*Art.* 119) 2.° contro gli ufiziali di polizia giudiziaria, procuratori generali, sostituti, e giudici che avevano provocato, pronunciato, o sottoscritto una sentenza, ordinanza, o mandato contro un ministro, o membro del consiglio di stato senza l'autorizzazione superiore (*Art.* 121) 3.° contro li medesimi individui, che avevano tradotto innanzi ad una corte chi non era messo in istato di accusa (*Art.* 122) 4.° contro li medesimi individui, che abbiano sospesa la esecuzione delle leggi, o abbiano commessi eccessi di potere (*Art.* 127) 5.° contro i funzionarj pubblici prevaricati. (*Art.* 167) 6.° contro il giudice o l'amministratore che siasi deciso per favore, o inimicizia contro di alcuno (*Art.* 183) 7.° finalmente contro colui, al quale deferitogli il giuramento in materia civile, ne sia stato dichiarato falsario (*Art.* 366).

Il medesimo codice penale in virtù dell'articolo 42 autorizzava inoltre il giudice correzionale d'interdire alcuno ad essere perito, o adoperato come testimone negli atti.

In conseguenza di queste disposizioni chiunque avesse subito alcuna di queste condanne non può intervenire come testimone nei testamenti.

Sono però eccettuati coloro, che fossero stati riabilitati di dritto per mezzo dell'indulto. Vedi *Amnistia* §. 3. *Questione* 3.

Lo straniero ammesso dal governo a far la residenza in Francia e che conseguentemente vi gode i dritti civili, può esser testimone in un testamento? L'affermativa, risponde Delvincourt, non mi sembra punto dubbiosa. La sola differenza che vi ha tra questo individuo ed il francese che non è cittadino, in quanto a' dritti rispettivi, si è, che questo straniero può perdere i dritti civili cessando di risedervi, mentre il francese non può perderli, che in una delle maniere espresse negli articoli 17 19 21 (20 22 e 25). D'altronde non si conoscono che due specie di dritti relativamente alle persone, cioè dritti civili, e dritti politici. Egli è indubitato, che il dritto di far da testimone in un testamento non si è riguardato come faciente parte de' dritti politici, poichè altrimenti sarebbe stato molto più semplice d'

impiegare le parole *cittadino francese* come sta detto nell' articolo 9 della legge sull' organizzazione del notariato riguardo a' testimonj degli atti ordinarj. Si è dunque creduto che fosse sufficiente godere de' dritti civili, per poter far da testimone in un testamento. Ma, si dirà allora: perchè aver riunito le due qualità di regnicolo, e godente de' dritti civili? Ciò è, perchè si può esser regnicolo e non godere di tutti i dritti civili: tali sono coloro contro de' quali è stata pronunziata la interdizione, contenuta nell' articolo 42 del codice penale.

» Così venne giudicato a Torino il 10 aprile 1809 (Sirey 1810, 2. parte pag. 85). Ma io non debbo dissimulare che il contrario sembra esser stato giudicato a Rennes il dì 11 agosto dello stesso anno (ibid. pag. 9); che si è ricorso contro quest' ultima decisione, e che il ricorso fu rigettato il 23 gennaro 1811 (ibid 1. parte pag. 243). Si deve conchiudere da ciò che la parola *regnicolo* sia sinonima di quella di *cittadino francese*? Ma allora, lo ripeto, era molto più semplice d' impiegare quest' ultima locuzione, la quale non avrebbe lasciato niuna specie di dubbio; e non essendosi impiegata, mi sembra che si deve necessariamente conchiudere che il legislatore non ha avuto la intenzione di esigere questa qualità. Ed in seguito di tali premesse si può aggiungere una nullità che non è formalmente pronunziata dalla legge, in una materia d'altronde tanto rigorosa quanto è quella de' testamenti?

» *Quid*, se nella opinione pubblica il testimone passa come godente i dritti civili, e che nel fatto non li goda? Io son di avviso che il testamento è valido. Argomento tratto dalla famosa legge *Barbarius Philippus*, 3. *D. de off. Praet.*, dalla legge 1. *cod. de testamentis*, e soprattutto dal §. 7. *Instit. de testam. ordin.*, che ha testualmente decisa la quistione. Giudicato in questo senso a Limoges il 7 dicembre 1809 (Sirey 1815 2. parte pag. 335). Non sarebbe però lo stesso di una incapicità che può avvertirsi e verificarsi, come per esempio la minore età: e ciò quando anche il testimone si fosse annunziato come maggiore. Si doveva verificare o prendere un altro.

» Si rifletta che nell' articolo 980 (906) la parola *godimento* de' dritti civili, è sinonima della parola *esercizio*, di maniera che colui il quale avesse il godimento, ma non l'esercizio de' dritti civili, come l' interdetto, il condannato in contumacia ad una pena portante morte civile nel tempo di cinque anni di dilazione, non potrebbero essere testimonj.

» Sarebbe mai necessario che i testimonj de' testamenti siano domiciliati nel circondario del comune dove l' atto è stato stipulato come si esige per gli atti notariali in generale, dall' articolo 9 della legge del 25 ventoso anno 11? Io non sono di questo avviso. L' articolo 980 del codice avendo particolarmente specificato la qualità che devono avere i testimoni, deve strarsi interamente a questo articolo, come noi l' abbiamo già detto, il quale è posteriore a questa legge. Vi sono poi delle ragioni di differenza fra i testamenti e gli altri atti: la prima si è, che il testamento è di natura a dover restare secreto, in conseguenza è possibilissimo, precise in un picciolo comune, ove il testatore non abbia affatto voglia di far conoscere le sue disposizioni alle persone abitanti l' istesso comune: la seconda si è che vi necessita un numero maggiore di testimoni i quali debbono tutti essere scribenti, ciò che rende ancora la scelta molto più difficile tra quelli che il testatore può creder degni della sua fiducia. Così fu giudicato a Parigi il 18 aprile 1814 (Sirey 1814 2. part. pag. 437; a Caen il 19 agosto, e 11 novembre 1812 (ibid 1813 2. part. pag. 87 e 113) e a Limoges, il 7 dicembre 1809 (ibid. pag. 335). (*Di queste decisioni riportiamo appresso quella sola di Caen come la più precisa al caso*).

» Devesi enunciare il domicilio de' testimoni? Si. L' articolo 13 della legge notariale viene ad esser formale su questo punto. *Nec obstat* ciò che abbiam detto relativamente alla qualità de' testimoni. L' enunciazione del domicilio non è una qualità; e d' altronde è d' uopo che le parti interessate sappiano dove rinvenire i testimoni per conoscere se hanno le qualità richieste. È finalmente è necessario che sien chiamati per assistere all' aper-

tura del testamento mistico. Così fu giudicato dalla cassazione il 1 ottobre 1810, (Sirey 1811 1. part. pag. 29).

» Il codice non parla qui che delle sole incapacità legali che impediscono ad un individuo il far da testimone. Ma *quid* per le incapacità fisiche? Ciò si lascia all' arbitrio del giudice. La sola regola che può tenersi sul proposito è la seguente: se il difetto fisico è tale da mettere il testimone nella impossibilità di poter affermare la identità della persona del testatore, o di assicurarsi de la verità delle sue disposizioni, e della loro conformità alle intenzioni del disponente, deve la sua testimonianza essere rigettata, e dichiarato nullo il testamento, e se questo testimone era necessario per completare il numero voluto dalla legge. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5. *nota* 216. *al tit.* 4.

Fu questione nella corte di appello di Caen se un individuo fuori del circondario del testatore possa essere testimone nel testamento. A 11 novembre 1812 fu deciso affermativamente. »

» *Fatto*. Fu fatto a vantaggio di Goupy un testamento pubblico, ove figurò come testimone un individuo non domiciliato nel circondario. Boutigny fondandosi sugli articoli 9 e 68 della legge del 25 ventoso anno 11. concernente il notariato, ne ha dimandato la nullità; per la qual cosa il legatario ha risposto, che la qualità de' testimonj per i testamenti era regolata dal art. 980 del codice civile, e che quindi gli articoli citati dalla legge anteriore del 25 ventoso erano inapplicabili nel presente caso. Il tribunale di prima istanza, adottando questo mezzo, ha convalidato il testamento. In appello Boutigny ha sostenuto che la legge del 25 ventoso, essendo generale, si applicava ai testamenti, come agli altri atti, ed egli si appoggiava ad una decisione di cassazione, che ha giudicato di questa maniera; ciò non ostante la sentenza è stata confermata.

» *Decisione*. Veduto l' articolo 980 del codice civile. Attesocchè il codice ha regolato le formalità particolari pei testamenti;

» Attesocchè le disposizioni speciali per un atto così solenne non possono esser prese da una legge anteriore relativa ai contratti ordinarj, eccettuato nei casi, su i quali il codice ciò abbia prescritto;

» Attesocchè l'articolo 980 del codice ha specificate le qualità de' testimonj, e che non ha obbligato di prenderli nel circondario;

» Attesocchè il volere restringere le facoltà date al testatore di scegliere i testimonj, è un aggregare alle disposizioni del codice una nullità che non ha pronunziata;

» Attesocchè se si avesse voluto che le disposizioni della legge sul notariato fossero applicabili, si sarebbero ripetute nel codice, allorchè si è fatta una disposizione speciale sopra la qualità de' testimonj;

» Attesocchè la differenza delle due leggi indica chiaramente che l' una ha un'applicazione particolare, e differente dall' altra per atti ordinarj;

» Per questi motivi, udite le parti, come ancora il primo avvocato generale nelle sue conclusioni;

» La Corte conferma il giudizio di cui è appello ec. ec.

Delle regole particolari sulla forma di taluni testamenti.

» §. 18. I testamenti de' militari, e delle
» persone impiegate presso l' armata potranno
» in qualunque paese essere ricevuti dal Mag-
» giore o da qualunque altro uffiziale di gra-
» do superiore in presenza di due testimonj,
» o da due commessarj ordinatori, o da un
» solo di essi in presenza di due testimonj.
» *Art.* 907. *Leg. civ.*

Per le persone impiegate presso l' armata nel senso del presente articolo, non debbono solamente intendersi tutti gl' individui, che dallo Statuto penale militare sono considerati militari in tempo di pace; come quelli dell' armata di linea sia di fanteria, sia di cavalleria, sia della guardia reale, sia di altro corpo o arma di terra o di mare; ma benanche quelli, che lo Statuto stesso per l'articolo 75, dichiara tali in tempo di guerra.

» In tempo di guerra quando l' armata o un corpo di essa è in marcia, o in accantonamento . . . sono considerati militari . . . i seguenti individui

» 1.° gl' impiegati della tesoreria, i se-

gretarj, ed i commessi delle amministrazioni militari, che seguono la truppa nella marcia, nell'accantonamento, o uel campo:

» 2.° li vetturali, mulattieri, carrettieri, condottieri di carriaggi impiegati al trasporto dell' artiglieria, munizioni, viveri e foraggi della truppa, che si trova in marcia, nell' accantonamento o nel campo, o impiegati nella provviata delle piazze in istato di assedio:

» 3.° i guarda magazzini di artiglieria, e quelli di viveri, e foraggi per le distribuzioni alla truppa che si trova in marcia, nell' accantonamento, o nel campo:

» 4.° gl' incaricati delle requisizioni, e delle contribuzioni militari pel servizio, e per la provvisione della truppa in marcia, nell' accantonamento o nel campo:

» 5.° gli artefici, operaj, vivandieri, munizionieri presso la truppa in marcia, nell' accantonamento o nel campo. *Art.* 75. *Stat. pen. militare*

Se il militare pria di far parte nell' armata, o prima di portarsi nel campo trovasi aaver fatto un testamento irregolare, ed indi nella spedizione vi aggiunga, o vi tolga qualche cosa, chiudendolo secondo la forma de' testamenti militari, tale testamento è riconosciuto valido dalla legge? Giustiniano risolve la questione affermativamente.

» Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus, et in expeditione degens resignavit (*idest sigilla aperuit, et removit*) illud, et quaedam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis; dicendum est valere hoc testamentum quasi ex nova militis voluntate. *Institut. lib.* 2. *tit.* 11. *de milit. testam.* §. 4.

Casus. Accessi ad Justinianum, et ita proposui coram eo. Domine, quidam ante militem fecit testamentum juris solennitate non adhibita; quia forte non adhibuit nisi tres testes, ita quod testamentum non valuit propter defectum solennitatis: postea idem miles factus, et in expeditione militari occupatus illud testamentum resignavit, idest aperuit, et quaedam adjecit sive detraxit, vel alio modo manifestavit se velle valere hoc testamentum jure militari: modo quaero utrum hoc testamentum quod ab initio non valuit ex voluntate militis convalescere possit? respondit quod sic; nam in hoc casu testamentum valere dicendum est, quasi ex nova militis voluntate. »

Il militare condannato a morte da un consiglio di guerra può far testamento? Convien distinguere con Ulpiano: se egli è condannato colle leggi comuni non può testare, può testare se la sua condanna è profferita per reato militare.

» Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis duntaxat castrensibus. Sed utrum jure militari, an jure communi quaeritur. Magis autem est, ut jure militari ei testandum sit. Non cum ei quasi militi tribuatur jus testandi; consequens erit dicere jure militari ei testandum *L.* 11. *D. de militari testamento.*

Casus. Miles capite damnatus ex militari delicto potest testare super bonis castrensibus, et non super aliis, et jure militari, et non alio jure. »

La medesima distinzione sembra aver luogo secondo la legislazione novella. Si trae argomento dall' articolo 358 dello Statuto penale militare con cui è consagrata la massima che « Le pene stabilite nelle leggi del regno produrranno ai militari condannati dai consigli di guerra gli stessi effetti che producono ai pagani condannati dalle corti criminali. » Emerge adunque per effetto di queste disposizioni che le pene profferite dalle leggi militari non fanno perdere in modo alcuno i dritti civili al condannato; tali sono le pene di morte, dell' ergastolo, dei lavori forzati perpetui, e dei lavori forzati temporanei, che il riferito Statuto penale per l' articolo 367 comprende tra le punizioni militari. All' opposto le condanne di morte, e dell' ergastolo, che il consiglio di guerra sia a profferire in virtù delle nostre leggi penali, producono la perdita totale de' dritti civili; conseguentemente il condannato a queste pene, secondo l' articolo 16 delle stesse leggi penali decade dal dritto di testare. *Vedi il* §. 2.

» §. 19. Potranno ancora se il testatore » sia ammalato o ferito essere ricevuti dall' » ufiziale in capo di sanità, assistito dal co-

» mandante militare incaricato della polizia » dello spedale. *Art.* 908. *Leg. civ.*

Se un militare manifestando la sua volontà alle persone indicate in questo articolo se ne muore pria di mettersi in scritto il suo testamento, questa disposizione sarà valida? Paolo ritiene l' affermativa.

» Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit, et ante quam literis perscriberetur vita defunctus est: quaero an haec dictatio valere possit? responde militibus quoquomodo velint, et quoquo modo possint testamentum facere concessum esse. ita tamen ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus (*Communem probationem in testamento militis fore necessariam idest ad minus duorum testium*) ostendatur. *L.* 41. *D. de militari testamento.*

Casus. Miles dictavit notario suo testamentum suum per notas scribendum; et antequam notarius perficeret testamentum decessit dictus miles: nunquid valebit tanquam testamentum dictatio quam fecit miles dicto notario? et dicitur quod sic, si legitimis probationibus, puta duorum testium, probetur dictam dictationem a milite factam fuisse. *Vivianus.*

» §. 20. Le disposizioni de' sopraddetti articoli non avranno luogo se non a favore » di coloro che saranno in ispedizione militare, o acquartierati o in guarnigione fuori » del territorio del regno, o prigionieri presso » il nemico: non potranno però approfittarne coloro che sono acquartierati o in guernigione nell' interno del regno; eccettuato » il caso che si trovino in una piazza assediata, o in una cittadella, o altro luogo » le cui porte sono chiuse, ed interrotte le » comunicazioni a cagion della guerra. *Art.* » 909. *Leg. civ.*

Si desume da queste disposizioni, che il militare fuori servizio, e fuori gli esposti casi non gode in modo alcuno l'enunciato beneficio. Così Giustiniano.

» Ne quidam putarent in omni tempore licere militibus testamenta quoquo modo voluerint componere, sancimus iis solis qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa ultimas voluntates conficiendas beneficium. *L.* 17. *Cod. de testamento militis.*

Casus. Testare quoquo modo voluerit militi permittitur, dum est in expeditione, secus si extra, quia habetur loco privati. *Vivianus.*

» §. 21. Il testamento fatto secondo la » forma sopra stabilita sarà nullo sei mesi » dopo che il testatore sarà ritornato in un » luogo ove possa far testamento colle for» me ordinarie. *Art.* 910. *Leg. civ.*

Giustiniano dichiarò nullo il testamento del militare dopo un anno decorso dal tempo della sua missione.

» Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint; post missionem intra annum tantum valebit. *Institut. Tit.* 4. §. *sed hactenus de militari testam.*

Se un militare nel periodo de' sei mesi che gli vien concesso per testare secondo le forme ordinarie, vien dimesso dalla milizia, e muore, il suo testamento è valido? L' affermativa sembra giustamente desumersi dal responso di Paolo.

» Miles testamentum fecerat: deinde non ignominiae causa missus, rursum cinctus est in alia militia: quaerebatur an testamentum ejus quod in militia fecerat valeret? Quaesivi, utrum jure militari, an communi jure testatus esset? et si quidem jure communi testatus esset, nulla dubitatio est quin valeat. Sed si ut miles fecisset testamentum, agitari coepit quando (*idest quanto tempore currente postquam ec.*) assumptus fuisset postquam desiit in numeris esse, utrum intra annum an post annum? cognovi intra annum eum assumptum; ergo si cum adhuc jure militari valeret, rursus eodem jure posset testari. Nunquid etiam post annum eo mortuo testamentum valeat? Me movebat, quod alia militia esset posterior. Sed humanius est dicere valere testamentum quasi conjuncto munere militiae. *L.* 39. §. 2. *D. de militari testamento.*

Casus. Titius miles fecit in militia testamentum, et postea fuit remissus domum ex honesta causa, postea fuit in aliam militiam missus; et postea decessit in militia secunda existens. Quaeritur an testamentum quod fecit in prima militia valeat? et distinguitur, aut fecit testamentum jure communi, aut jure militari: primo casu valet sine dubio dictum testamentum: secundo casu distinguitur,

utrum fuit testator assumptus ad secundam militiam intra annum a tempore missionis primae militiae, an post annum: primo casu valet testamentum: secundo casu videtur quod non valet, quia secunda militia est alia a prima. sed certe humanius est dicere ut valeat testamentum. *Vivianus*.

» §. 22. I testamenti fatti in luogo le cui » comunicazioni si trovino totalmente interrotte a cagion della peste o di altra malattia contagiosa, potranno essere ricevuti dal » giudice di circondario, o da uno degli ufiziali municipali del comune, in presenza » di due testimonj. *Art.* 911. *Leg. civ.*

Questi testimoni debbono esser maschi? Fabro è di avviso, che quando non si possono questi rinvenire, le donne si ammettano in soccorso.

» Sed et puberes esse oportet eos testes, qui testamento pestis tempore condito adhibentur: an et masculos? Utique, si haberi potuerint. Nam si probetur masculos eo tempore reperiri non potuisse, foeminae in subsidium admittentur. Ex caeteris testamentorum solemnitatibus nulla est, quam remitti oporteat. Finge praeteritam a testatore matrem cui legitima relinqui debuerat, aut relictam ei legitimam titulo legati cum jure institutionis relinqui debuisset. Non valebit testamentum, pracsertim matre conquerente, nec si heredes instituti legitimam offerant. In heredis namque potestate nusquam est facere, ut testamentum quod ab initio non valuit convalescat. *Fabri Cod. lib.* 6. *tit.* 5. *de testamentis. Definitio* 6.

» §. 23. Questa disposizione avrà luogo » così a favore di quelli che fossero attaccati » da tali malattie, quanto di coloro che si » trovassero ne' luoghi infetti ancorchè non » siano attualmente malati. *Art.* 912. *Leg. civ.*

Se il non ancora attualmente malato si vegga nella impossibilità di rinvenire li due testimoni, alla presenza dei quali l'articolo precedente dispone potersi far testamento, può esser bastevole la sola dichiarazione del giudice di circondario, o dell'ufiziale municipale, che riceve la volontà del testatore? Risulta la negativa dalle medesime disposizioni dell'articolo precedente il quale richiede espressamente l'intervento di due testimoni. La impossibilità di rinvenire i testimoni sembra d'altronde più facile avverarsi in persona di coloro che fossero attaccati da malattia contagiosa. I non ancora malati sdegneranno di avvicinarli, onde non affrettare il periglio del contagio a loro danno, come i malati oppressi dal loro male i veggono nella necessità di potere ragionevolmente negare il loro intervento.

In questo stato quale sarà la condizione di colui che vuol testare? Tace la legge su questo riguardo; ed ogni qualunque sentimento sarebbe di un una norma mal sicura per risolverne il dubbio.

» §. 24. I testamenti ne due precedenti » articoli diveranno nulli sei mesi dopo che » le comunicazioni saranno state riaperte nel » luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei » mesi dopo che questi si sia trasferito in un » luogo in cui non sieno interrotte. *Art.* » 913. *Leg. civ.*

» §. 25. I testamenti fatti sul mare, nel » corso di un viaggio potranno essere ricevuti, cioè

» a bordo de' vascelli e di altri bastimenti del Re, dall' ufizial comandante del » bastimento, o in di lui mancanza da quello che ne fa le veci nell'ordine di servizio, l'uno o l'altro unitamente all'ufiziale » di amministrazione, o a colui che ne adempie le funzioni:

» ed a bordo de' bastimenti di commercio, dallo scrivano della nave, o da chi » ne fa le veci, l'uno o l'altro unitamente » al capitano proprietario o padrone, o in » mancanza di costoro a chi ne faccia le veci.

» In tutti i casi questi testamenti debbono » riceversi alla presenza di due testimoni. » *Art.* 914. *Leg. civ.*

Vedi il §. 31.

» §. 26. Su' bastimenti del Re, il testamento » del capitano o dell' ufiziale di amministrazione e su' bastimenti di commercio, il testamento del capitano, del proprietario o » padrone, o quello dello scrivano, potranno riceversi da quelli che loro succedono » in ordine di servizio, uniformandosi nel » resto alle disposizioni del precedente articolo. *Art.* 915. *Leg. civ.*

» Non è necessario, dicono gli autori delle

pandette francesi, che il testamento di un ufiziale sia esclusivamente ricevuto da quello che lo siegue in ordine di servizio; ma può esserlo ancora da quello che precede. Quindi il testamento dell'ufiziale di amministrazione può essere ricevuto dal capitano insieme con quello, che segue il testatore in grado; giacchè vi bisognano sempre due ufiziali, siccome vien prescritto dall'articolo precedente, la cui esecuzione si comanda da questo.

» Anzi in virtù dei termini dell'articolo precedente, noi opiniamo, che non si possa chiamare l'ufiziale del grado inferiore se non nel caso di assenza o d'impedimento di quello del grado superiore. Ciò risulta dalla disposizione che indica prima l'ufiziale superiore, e poscia non accenna l'ufiziale del grado seguente, ossia di quello che ne fa le veci, se non in mancanza del primo. Sarebbe dunque nullo il testamento se fosse ricevuto p. e. dal tenente, quando vi era nel vascello il capitano, il quale si trovava nello stato di adempiere alla funzione prescrittagli dalla legge.

» Da ciò naturalmente segue che quando l'ufiziale di grado inferiore riceve il testamento, egli vi dee far menzione di aver ciò eseguito per motivo dell'assenza o d'impedimento di colui che lo precede. La mancanza però di tale menzione nel testamento non sarebbe una nullità di dritto; ma potrebbe esser seguita da litigj, e si potrebbe decretare una tale nullità quando si provasse la presenza dell'ufiziale che la legge chiama in primo luogo, perchè in tal caso l'altro sarebbe incompetente. *Osservaz. all'art. 989. del cod. civ.*

« §. 27. In tutti i casi si faranno due ori-
» ginali de' testamenti indicati nè due prece-
» denti articoli. *Art. 916. Leg. civ.*

Dee farsi menzione che il testamento siasi fatto in doppio originale? La legge nol dice, risponde Delvincourt, come lo prescrive pei contratti nell'articolo 1325 (1279), e le nullità non si suppliscono, sopratutto in una materia così rigorosa. Ciò non ostante può essere molto importante il fare questa menzione; poichè se fosse presentato un solo originale, e si venisse a domandare la nullità del testamento per violazione dell'articolo 990 (916) incomberebbe a coloro cui preme di sostenerne la validità il provare che i due originali sono stati fatti; quandocchè se ve ne fosse la menzione l'atto farebbe pruova sino alla iscrizione in falso. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota 229 al tit. 4. tomo 5.*

« §. 27. Se il bastimento approda ad un
» porto straniero in cui si trova un console
» nazionale, coloro che avranno ricevuto il
» testamento saranno tenuti a depositare l'uno
» degli originali chiuso, e suggellato nelle
» mani del console, che lo farà pervenire al
» segretario di stato ministro da cui dipen-
» de; e questi lo farà depositare nella can-
» celleria del giudice di circondario del luo-
» go ove il testatore ha il domicilio. *Art.*
» *917. Leg. civ.*

» Il deposito ordinato da questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, non suppone già il caso che assolutamente sia morto il testatore; giacchè il suo testamento è valido anche per lo spazio di tre mesi dopo ch'egli avrà preso terra secondo l'articolo 996 (922) ma suppone ch'esso sia stato fatto prima dell'arrivo.

» Se il testatore sia morto, il deposito dell'atto di morte prescritto dall'articolo 87 (92) dev'essere unito a quello del testamento. Se l'atto di morte non è depositato, il testamento può essere impugnato e dichiarato nullo, quando costa che il testatore sia disceso a terra, e vi abbia soggiornato più di tre mesi dopo l'arrivo del vascello. Noi siamo di parere, che chi impugna il testamento debba provare che il testatore abbia soggiornato più di tre mesi a terra, perchè egli domanda la nullità; e la prova è sempre a carico dell'attore *actoris incumbit onus probandi*. D'altronde poi il legatario avendo a favor suo il titolo e la presunzione della legge spetta all'avversario di fondare la nullità.

» Rimane da osservare che il giudice di circondario non dee far l'apertura del testamento depositatogli, ma solamente conservarlo; e l'apertura può farsi quando è richiesta da qualcuno; ma deesi ordinare dal giudice ordinario del luogo del domicilio. In questo caso tale magistrato è autorizzato di far fare la consegna del testamento, già aperto, ad un notaro? Noi crediamo di no; per-

chè la legge nol dice. Sembra naturale che il testamento debba restare nella cancelleria del circondario, presso di cui il codice civile ne ordina il deposito; e le copie debbono essere rilasciate dal cancelliere, essendo questa una delle sue attribuzioni. *Osservaz. all'art.* 991. *del cod. civ.*

a §. 28. Al ritorno del bastimento nel re» gno sia nel porto dell'armamento, sia in » qualunque altro, i due originali del testa» mento chiusi e suggellati, o l'uno di essi » nel caso che l'altro sia stato depositato nel » corso del viaggio, siccome nel precedente » articolo, saranno consegnati all'ufficio della » deputazione di salute. Questa li trasmette» rà senza ritardo al segretario di stato mi» nistro da cui dipende, il quale ne ordine» rà il deposito, siccome è prescritto nel » medesimo articolo. *Art.* 918. *Leg. civ.*

Riguardo al deposito ordinato all'arrivo del bastimento nel regno, osservano gli autori delle pandette francesi, essere evidente, che se esso si fa dopo la morte del testatore dovrà essere accompagnato dall'atto di morte del testatore medesimo. Tale deposito dee farsi anche nel caso, che il testatore non sia morto, poichè il testamento è valido durante tre mesi dopo il suo arrivo.

a Potrebbe il testatore opporsi al deposito, e domandare che gli si restituisca il suo testamento? Bisogna decidere di no, salvo se egli dichiarasse di rivocarlo o annullarlo. *Osservaz. all'art.* 991. *del cod. civ.*

a §. 29. Si noterà sul ruolo del bastimen» to, al margine del nome del testatore, la » consegna eseguita degli originali del testa» mento o nelle mani di un console, o all' » ufizio della deputazione della salute. *Art.* » 919. *Leg. civ.*

» §. 30. Il testamento non sarà considera» to come fatto sul mare, ancorchè sia stato » fatto nel corso del viaggio, se nel tempo » in cui fu fatto, il naviglio fosse approdato » ad una terra sia straniera, sia del regno, » in cui vi fosse un pubblico ufiziale nazio» nale. In tal caso non sarà valido se non » quando sarà stato steso secondo le forme » prescritte nel regno, o con quelle prati» cate nel paese in cui sarà stato fatto. *Art.* » 920. *Leg. civ.*

Se approdato il naviglio nella terra straniera, o del regno non si fosse rinvenuto il pubblico ufiziale nazionale, si avrà come se non si fosse approdato? L'affermativa è di ragione. Ma è mestieri di farsi costare, che quest' ufiziale siasi ricercato, e non sia stato rinvenuto in quel momento.

a §. 31. Le sopraddette disposizioni sono » comuni a' testamenti de' semplici passaggieri » che non formano parte dell'equipaggio. » 921. *Leg. civ.*

» §. 32. Il testamento fatto sul mare nella » forma prescritta dall'articolo 914 non sarà » valido se non quando il testatore muoja » sul mare, o ne' tre mesi dopo che sia di» sceso a terra, ed in un luogo in cui avreb» be potuto rifarlo nelle forme ordinarie. *Art.* » 922. *Leg. civ.*

» Se dunque il testatore, dicono gli autori delle pandette francesi, discende in un luogo, e far non possa il suo testamento secondo le forme ordinarie, perchè colà non vi si trova verun ufiziale pubblico nè nazionale, nè straniero, il suo testamento prosiegue ad esser valido per qualunque tempo egli quivi soggiorni.

» Segue altresì che nello stesso caso il testatore potrà fare un testamento marittimo quantunque non si trovasse già nel naviglio, ma a terra: tanto risulta dall'articolo 994 (920) secondo la massima *qui dicit de uno, negat de altero.*

a Il tribunale supremo di Orleans domandò qual era il motivo della differenza che si trova tra la dilazione prescritta da questo articolo, e quella accordata per la validità del testamento militare, ovvero del testamento fatto in tempo di peste. La risposta è semplice; giacchè la posizione de' testatori in questi diversi casi non è già la medesima; e molte cause ragionevolissime possono distogliere un militare, oppure un uomo scampato dal rischio della peste, dalla cura di fare un nuovo testamento, durante un tempo molto considerevole. *Osservaz. all' articolo* 996. *del cod. civ.*

» §. 33. Il testamento fatto sul mare non » potrà contenere veruna disposizione a fa» vore degli ufiziali del vascello, quando non » sieno parenti del testatore. *Art.* 923. *Leg. civ.*

» Risulta da quest'articolo, dicono gli au-

tori delle pandette francesi, che se un testamento fatto sul mare contenga disposizioni a profitto di alcuno degli ufiziali, queste disposizioni resteranno nulle; ma le altre dovranno eseguirsi. Ne risulta altresì che chi riceve il testamento, non dee inserirvi siffatte disposizioni, quando anche il testatore le dettasse: è questo un corollario delle parole scritte *non potrà contenere*.

» Una tal regola si applica a qualunque sorta di testamenti fatti sul mare; quindi le disposizioni contenute in un testamento olografo a vantaggio degli ufiziali del vascello saranno egualmente nulle, perchè la ragione è la stessa riguardo ad ambedue i testamenti; e tal ragione è che chi si ritrova in un vascello, sia passaggiero, sia persona dell' equipaggio non è nello stato di resistere alle insinuazioni, alle suggestioni, e fino alle violenze, che usar gli potrebbe qualche ufiziale per estorquergli un testamento a suo favore; ed è agevole cosa a questo ufiziale di far fare così un testamento olografo, che di qualunque altra maniera. Si dirà forse che il testatore potrebbe rivocare in tal caso questo testamento con uno scritto contrario; ma si risponderà che l'ufiziale cogli stessi mezzi potrebbe impedire così fatta rivocazione; e che sempre sarebbe egli il padrone di sopprimere questo scritto.

» Valin *lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 3. passa più oltre, e sostiene, che debbono dichiararsi nulle anche le disposizioni fatte a pro di qualche persona dell'equipaggio, abbenchè questa sia inferiore al grado di ufiziale, se per poco sospettar si possa, che ella avesse semplicemente prestato il suo nome, o che fosse una persona interposta.

» Il certo però si è che le persone componenti l'equipaggio, tranne gli ufiziali, non sono comprese nella proibizione della legge. Nondimeno trattandosi di una disposizione universale, ovvero considerabilissima, fatta in vantaggio di qualcheduno dell'equipaggio, verso cui non sembra che il testatore aver potesse molta benevolenza, oppure potendosi ragionevolmente presumere, che siasi voluto eludere la legge, simili disposizioni potranno annullarsi; ma ciò, come ben si scorge, dipende dalle circostanze.

» La proibizione contenuta in questo articolo, che riguarda i testamenti fatti nel corso di un viaggio marittimo, si estende forse anco rispetto ai testamenti fatti in qualche luogo di ancoramento, o che tali testamenti sieno fatti secondo le forme ordinarie, o che sien fatti secondo le forme usitate in quel dato paese?

» Rispondiamo di no; sì perchè la legge parla de' soli testamenti fatti sul mare, e per conseguenza la sua disposizione non può riguardare gli altri testamenti di cui qui si tratta; sì perchè il testatore in questo caso gode della pienezza di sua libertà, e conseguentemente cessa la causa della proibizione.

» Non si dee trovare difficoltà veruna nella eccezione prescritta nel nostro articolo, quando l'ufiziale, parente del testatore sia il di lui erede presuntivo; poichè in tale circostanza il testatore esegue, e previene il voto della natura. Lo stesso dicasi ancora, quando questo ufiziale, senza essere erede presuntivo fosse prossimo parente del testatore, perchè il vincolo della parentela rimove qualsivoglia presunzione di non essere stata libera la disposizione.

» Ma che si deciderà se un tale ufiziale fosse un parente largo? Se la disposizione fatta in di lui favore sia un semplice legato, o una gratificazione non eccedente i limiti ragionevoli, non potrà essa impugnarsi; ma se sia una disposizione universale che priva l'erede naturale della eredità, o di una parte assai considerevole; questa non sarà già nulla *ipso jure*, avendosi in considerazione la qualità di parente del testatore nella persona dell' ufiziale a cui vantaggio si è disposto, ma noi opiniamo con Valin, che possa ben impugnarsi, e dichiararsi nulla, ove l'erede somministri ragionevoli presunzioni da far credere estorta una tale disposizione. Questo autore assicura che fu sempre la giurisprudenza; ed essa ci sembra giusta e conforme allo spirito della legge *Osservaz. all' art.* 997. *del cod. civ.*

» §. 34. I testamenti compresi negli antecedenti articoli di questa sezione saranno sottoscritti dal testatore, e da coloro che gli avranno ricevuti.

» Se il testatore dichiari che non sappia,

» o non possa sottoscrivere, si farà men-
» zione di questa sua dichiarazione; come
» pure della causa che lo impedisce di sotto-
» scrivere.

» Nel caso in cui si richiegga la presenza
» di due testimonj, il testamento sarà sotto-
» scritto almeno da uno di loro, e si farà
» menzione della causa per cui l'altro non a-
» vrà sottoscritto. *Art.* 924. *Leg. civ.*

Questo articolo è comune tanto a' testamenti militari, quanto a quelli fatti in tempo di peste, ovvero sul mare nel corso di un viaggio. Risulta da ciò, dicono gli autori delle pandette francesi, che tutti questi testamenti debbono essere ridotti in iscritto? Ma li deggiono essere da colui che li riceve? ciò senza dubbio è nello spirito della legge; poichè quando ella prescrive che il testamento potrà essere ricevuto dal tale o tal altro ufiziale cui disegna, essa intende che questo testamento sarà scritto da cotesto ufiziale; e se la legge ne disegni più d'uno de' quali richiede la presenza simultaneamente, il di lei spirito è che il testamento venga scritto da uno di loro. Ciò non ostante però noi crediamo, che non dovrebb'essere una nullità, se il testamento si trovasse scritto da un'altro, per la ragione che la legge nol dice: e per la medesima ragione ancora non è necessario di esprimere, che il testamento sia stato scritto da chi lo ha ricevuto.

» In generale il testatore dee sottoscrivere il suo testamento; e la sua sola impotenza può dispensarlo da questa formalità. In tal caso bisogna far menzione non solo della mancanza della firma, ma della dichiarazione fatta dal testatore di non aver potuto sottoscrivere, e della causa addotta. In conseguenza se si dirà semplicemente che il testatore non ha potuto firmare per una data ragione, si darebbe luogo a nullità, perchè questa non sarebbe la dichiarazione del testatore, ed è indispensabile, che l'atto enunci, come il testatore abbia dichiarato di non poter sottoscrivere per questa o per quell'altra ragione.

» Si osserva che in qualunque caso la legge dispensa il testatore dalla firma pel solo motivo d'impotenza: quindi se egli ricusasse di firmare senza dire che non ne ha il potere, si comprende benissimo che il testamento sarebbe nullo, non ostante che vi si facesse menzione di una tale ricusa; poichè seguirebbe da ciò che egli non abbia voluto confermare le sue disposizioni, e che fin da quel momento le abbia rivocate.

» Dal secondo paragrafo del nostro articolo risulta, che de due testimonj chiamati alla formazione del testamento, ove la legge richiede la loro presenza, uno almeno dee saper scrivere; e sarebbe inutile il mentovare la dichiarazione che amendue facessero di non poter firmare, e la cagione della loro impotenza, perchè in tal caso il testamento sarebbe nullo; mentre la legge assolutamente comanda la firma di uno dei testimonj.

» Riguardo a colui che non sottoscrive, la menzione della sua dichiarazione non è necessaria; ma basterà, giusta i termini di questo paragrafo, di esprimere la causa per la quale egli non ha firmato.

» Si richiede sempre che una tal causa nasca da mancanza di potere nella persona del testimone che non sottoscrive; mentre se ciò fosse per semplice rifiuto di non farlo, ne seguirebbe che vi saria un solo testimone, e per conseguenza sarebbe nullo l'atto a cui non ha voluto prestarsi la persona che ricusa di sottoscrivere. *Osservaz. all' art.* 998. *del cod. civ.*

» §. 35. Un nazionale che si trovi in paese
» straniero potrà disporre con testamento olo-
» grafo, siccome è prescritto nell'articolo
» 895, o con atto autentico nelle forme pra-
» ticate nel paese in cui questo atto sarà ri-
» cevuto. *Art.* 925. *Leg. civ.*

Se un nazionale si trovi in paese straniero, e vi faccia un testamento in forma autentica, di quali formalità dee avvalersi, di quelle del regno, o del luogo ove viene a testare?

» Bisognerà, rispondono gli autori delle pandette francesi, che adempia a tutte le formalità prescritte pe' testamenti nel luogo ove il suo si riceve; e la dimenticanza di una sola ne includerebbe la nullità.

» Rispetto poi alla di lui capacità, sia riguardo al testare, sia riguardo ad alcune date disposizioni, essa sarà regolata secondo le leggi del suo paese; giacchè la leggi che deliberano sulla capacità, sulla sua estenzione, e su i suoi limiti sono statuti personali, i

quali seguono conseguentemente la persona da per tutto.

» In questo caso adunque bisogna badar soltanto alle forme estrinseche, ossia alle solennità esteriori dell' atto; e 'l nazionale in paese straniero potrà quivi fare delle disposizioni proibite dalle leggi di quel tale paese, quando però simili disposizioni sieno permesse dalle leggi della Francia; siccome al contrario egli non potrà far disposizioni colà permesse, se sieno vietate in Francia. *Osservaz. all' articolo 999. del cod. civ.*

Nella già nostra corte di cassazione a 18 giugno 1810 si consagrò anche la massima che le solennità de' testamenti debbono esser quelle del luogo dove si dispone.

» *Fatto* Nel dì 6 settembre dell' anno 1798 il dottore signor Fabiano Frigerj domiciliato in Campo, dipartimento del Laiuo nell' alta Italia, fece testamento nuncupativo secondo la forma prescritta dalle leggi ivi allora vigenti. Istituiti erede universale il suo figlio primogenito signor Gio. Pietro Frigerj: istituì eredi particolari nelle legittime porzioni i suoi secondogeniti figli Ferdinando, e Domenico, e le sue figlie Mariantonia e Maria Francesca, non che Maria Vezzani figlia di Maria Catarina Frigerj altra sua figlia premorta.

» Il testatore Fabiano morì nel dì 8 novembre 1807 con esere rimasti a lui superstiti i suddetti tre figli maschi Gio. Pietro, Ferdinando, e Domenico, la figlia nubile Maria Francesca e due nipoti femine figlie di Maria Catarina sua figlia premorta, e dell' altra figlia Mariantonia anche premorta.

» Tra i beni ereditarj lasciati dal testatore Fabiano alcuni ve n' erano siti in questo regno, e propriamente nella provincia di Abruzzo Citeriore.

» È da osservarsi intanto che il cod. civile si pubblicò il dì 1 aprile 1806 nell' alta Italia, ed il dì 1 gennaro 1809 incominciò ad aver vigore in questo regno di Napoli.

» Ciò posto: nel dì 11 febbrajo del prossimo scorso anno 1809 il signor Gio. Pietro Frigerj dimandò presso il tribunale di prima istanza di Chieti il preambolo in di lui favore a norma del paterno testamento, ed il possesso de' beni ereditarj di suo padre siti in questo regno.

» Gli altri interessati, menocchè il signor Domenico Frigerj, il quale erasi col suo primogenito fratello transatto cedendogli le sue ragioni, opposero la incompetenza del giudice sostenendo di dover procedere il tribunale di Milano, nel cui tenimento erasi aperta la successione del padre, opposero la invalidità del testamento per essere stato solennizzato contra le forme del nuovo codice, ed opposero di doversi consultare il Sovrano per sapersi, come fossero trattati nel regno dell' alta Italia i naturali del regno di Napoli.

» Il tribunale di prima istanza di Chieti con sentenza de' 6 settembre 1809 ordinò di esser lecito al signor Gio. Pietro Frigerj di adire la paterna eredità pe' beni siti in quella provincia, servata la forma del testamento ed in vigor delle leggi veglianti in questo regno nel tempo della formazione del suddetto testamento, e della morte del testatore.

» Contro di tale sentenza ne appellarono nel dì 11 del successivo ottobre gl' interessati, che si eran fatti oppositori al primogenito.

» La corte di appello residente in Lanciano con decisione profferita il dì 8 gennaro del correnta anno 1810 rigettò l' appello; ordinò, che ciò da cui si era appellato, avesse il suo pieno ed intero effetto; e condannò gli appellanti alla multa, ed alle spese del giudizio di appellazione.

» Il signor Ferdinando Frigerj, e la signora Maria Vezzani contro di tale decisione produssero ricorso per cassazione, assumendo, ch' eransi violate le antiche, e le nuove legge, e specialmente gli articoli 110. 822. 1001 e 1007 del codice civile, e gli articoli 50 n.° 3 e 59 del cod. di procedura 1.° perchè il giudice competente era il tribunale di Milano, dove il testatore morì, e dove le parti contendenti erano domiciliate: 2.° perchè il testamento era nullo per non essere stato rifatto a norma della nuova legislazione: 3.° perchè il suddetto testamento, quando pur fosse stato valido, ne era ingiusta, ed irregolare la disposizione e doveasi riformare a' termini della legge novella.

» Udito il rapporto: intesi il signor Antonio Duratore patrocinatore de' signori Ferdinando Frigerj, e Maria Vezzani, ed il

signor Paolo Tambelli patrocinatore del signor Gio. Pietro Frigerj: ed inteso il regio procurator generale sostituto Cianciulli nelle sue conclusioni, colle quali ha chiesto il rigetto del prodotto ricorso.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso per cassazione.

» Considerando, che l'articolo 3 del cod. civile sottomette alle leggi del luogo gl' immobili, che si posseggono dagli stranieri, fra le quali leggi vi sono quelle, che regolano le competenze de' giudici; e che gli articoli 110. 822. 1001. e 1007. del cod. civile e gli articoli 50 n.° 3 e 59 del cod. di procedura riguardano la competenza de' giudici dipendenti dallo stesso dominio.

» Considerando, che per le massime ricevute in conformità della *L.* 30. *Cod. de testamentis*, le solennità de' testamenti sono quelle ricevute nel luogo, dove si dispone, e del tempo, in cui si è formata la disposizione.

» Considerando, che la successione nel regno si è aperta sotto l' impero delle antiche leggi, e le nuove non hanno effetto retroattivo giusta l' articolo 2.° del suddetto codice civile.

» Rigetta il ricorso, ed ordina di liberarsi il deposito dei ducati 40 al real tesoro.

» §. 36. I testamenti fatti in paese stra-
» niero non potranno aver esecuzione per
» riguardo a' beni situati nel regno, se non
» dopo essere stati registrati nell' ufizio del
» domicilio del testatore, quando questi ne
» abbia conservato alcuno, ovvero nell' ufi-
» zio dell' ultimo suo domicilio noto nel re-
» gno: e quando il testamento contenesse
» disposizioni relative a' beni immobili ivi
» situati, dovrà pure registrarsi nell' ufizio
» del luogo in cui si trovano questi immo-
» bili, senza che si possa esigere un doppio
» dritto. *Art.* 926. *Leg. civ.*

È un precetto dettato da questo articolo, che i testamenti fatti in paese straniero non possono eseguirsi pei beni esistenti nel regno, se non registrati nell'ufizio del domicilio del testatore, o in quello del suo ultimo domicilio noto in regno. Or tale registro sarà valido senza l' esame che dovrà farne il tribunale civile della provincia nei termini dell' articolo 2014 delle leggi civili? Sembra che no. Se ne attinge la ragione 1.° dal medesimo articolo 2014, da cui è disposto, che un atto stipulato nell'estero non può produrre ipoteca su i beni situati nel regno, se prima non se ne faccia l'esame dal tribunale civile della provincia inteso il pubblico ministero, e quindi se ne ordini con sentenza la iscrizione: 2.° dall'articolo 636 delle leggi di procedura ne giudizj civili da cui chiaramente è prescritto che gli atti ricevuti dagli ufiziali stranieri non saranno eseguibili nel regno che nel modo, e ne casi preveduti negli articoli 2009 e 2014 delle leggi civili. Vedi *Ipoteca* §. 9. e 14.

,, §. 37. Le formalità alle quali sono sog-
,, getti i diversi testamenti in forza delle di-
,, sposizioni della presente e della preceden-
,, te sezione, debbono osservarsi sotto pena
,, di nullità, tranne le seguenti eccezioni.

,, 1.° se siasi omesso di far menzione
,, espressa di essere stato scritto il testamento
,, di carattere del notajo cui fu dettato, tal
,, mancanza non nuocerà alla validità, quan-
,, do costi legittimamente che sia stato in
,, realtà scritto dal notajo medesimo.

,, 2.° se siasi omessa qualche solennità
,, richiesta dal regolamento notariale, alla
,, cui mancanza secondo lo stesso regolamen-
,, to non è annessa pena di nullità. *Art.*
,, 927. *Leg. civ.*

La suprema corte di giustizia con decisione de' 17 agosto 1824 dichiarò, che se la omessione di una delle formalità nel testamento mena alla nullità dell' atto, la menzione ch' è mezzo di assicurarne la osservanza va meglio nelle linee della dizione che nel rigore delle formole; di modo che se le formalità si sono osservate a rigore non può dirsi l' atto vizioso.

,, *Fatto.* Con testamento de' 22 agosto 1797 il fu D. Biase Fedele istituì suo erede universale D. Giuseppe Rossi nipote *ex sorore*, e poi soggiunse.

,,,, E morendo D. Giuseppe Rossi senza figli legittimi, e naturali, che alla eredità debbano succedere l'accennata D. Mariangela, e D. Francesca Saveria Rossi per por-

zioni uguali; e dandosi altresì il caso che dopo la morte di D. Giuseppe morissero pure le cennate signore D. Mariangela e D. Francesca Saveria senza figli legittimi, e naturali, e senza fare alcuna disposizione, che la detta eredità debba passare a beneficio dell' ospedale di *Ave gratia plena* di questa città di Chieti. ;;;;

,, Nel dì 27 settembre 1810 lo stesso D. Biase fece altro testamento, con cui dopo aver dichiarato di annullare ogni altra disposizione, istituì eredi le suddette D. Mariangela, e D. Francesca Saveria Rossi. L' atto fu chiuso così ;;;; Del qual testamento come sopra dettato dal testatore D. Biase Fedele, questo ha chiesto me notaro, perchè ne formassi, come ne ho formato il presente pubblico atto, fatto, letto, e pubblicato da me sottoscritto notaro in Chieti nella casa, e stanza indicata di sopra, in presenza del testatore D. Biase Fedele, da me ben conosciuto, e de' testimonj. ;; ,,

» I signori D. Antonio, D. Maddalena, e D. Anna Domenica Fedele, e D. Maddalena Ippoliti citarono nel tribunale civile di Chieti le sopramentovate sorelle Rossi coi rispettivi mariti D. Gaetano Carnesale, e D. Gio: de Berardinis per sentirsi dichiarar nullo il testamento anzidetto: 1.° Per esser mancante della menzione della scrittura per mano del notaro: 2.° Per essersi omessa la menzione della lettura del medesimo al testatore 3.° Per esser mancante della menzione espressa, di essersi adempito a tutte le formalità prescritte dalla legge.

,, Quel tribunale dopo una istruzione per iscritto con sentenza de' 17 luglio 1818 dichiarò la nullità del primo, e del secondo testamento di D. Biase Fedele. In conseguenza ordinò, che si desse luogo alla successione legittima sulla eredità del suddetto D. Biase in parti uguali, tanto a favore delle sorelle Rossi, quanto a prò de' signori Fedele, ed Ippoliti. Questa sentenza fu confermata dalla gran corte civile di Aquila con decisione de' 26 settembre 1821.

,, Le sorelle Rossi co' rispettivi mariti impugnarono questa decisione con ricorso nella corte suprema di giustizia: deducendo 1.° Di essersi male applicati gli art. 927 delle leggi civili, e 1001 dell' abolito cod. civile, dacchè nel testamento in quistione esiste la espressa menzione non solo, che l'atto fu dettato dal testatore ma che fu dettato al notaro stipulatore: 2.° Che si era violato l'art. 927 delle leggi civili, col quale fu stabilito, che l'omissione della menzione espressa di essere stato scritto il testamento di carattere del notaro, non debba nuocere alla sua validità, quando costi legittimamente, che sia stato in realtà scritto dal notaro medesimo: 3.° e 4.° Che si era male applicato il suddetto articolo 927 per essersi annullato il testamento di cui si tratta, dacchè il notaro in vece di dire *di aver data lettura di esso al testatore in presenza de' testimonj* abbia detto *di averne data lettura in presenza del testatore, e de' testimonj*: 5 6 7 Che la gran corte in aver dichiarato invalido anche il testamento del 1797, tanto perchè l'erede era premorto al testatore, quanto perchè conteneva una sostituzione fedecommessaria aveva violata la *L.* 4. *D. de vulg. sost.*, e male applicati gli articoli 895 e 896 dell' abolito cod. civile 8.° Che finalmente si erano violate le *L.* 24. *D. ad S. C. treb.* e 38. §. 3. *D. de leg.* 3.

» Udito il rapporto, ec. ed inteso il pub. minist., che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

,, Vista la decisione: Visto il ricorso:

,, Attesocchè il legislatore dopo aver date regole simili sulla forma de' testamenti, e specificate quelle, che debbono osservarsi nel testamento per atto pubblico, obbligò il notaro a farne menzione; ed indi coll' articolo 1001 dispose, che le formalità, alle quali sono soggetti i diversi testamenti, debbono osservarsi a pena di nullità.

,, Dietro coteste disposizioni legislative la corte suprema osserva, che se la omessione di una delle formalità mena alla nullità dell' atto, la menzione che è mezzo di assicurarne la osservanza va meglio nelle linee della dizione, che nel rigore delle formole. Da qui è, che se le formalità si sono osservate a rigore, non può dirsi vizioso l'atto, mentre il notaro, che ha saputo bene adempirle, non è stato ugualmente felice nel riportarle.

Non è lecito render più grave il rigor della legge; ed è un'assurdo portar la pena dal caso espresso al non espresso.

„ Considerando, che quanto è vero, che in ordine a' testamenti tutto debba costar dall' atto, e nulla da pruove estrinseche, tanto è sicuro, che se l'atto presenta nel suo contesto l'adempimento delle formalità richieste, non debbono porsi a tortura talune espressioni vaghe, e poco esatte, che mai vi si trovano, per dire di non esservi ciò che in sostanza vi è, e trovarsi difetti, che per avventura non contiene. Infatti nell' articolo 927 leggi civili ha il legislatore dichiarato, che se siesi omesso di far menzione espressa di esser stato scritto il testamento di carattere del notaro, cui fu dettato, tal mancanza non nuoce alla sua validità, quando costi legittimamente, che in realtà sia stato scritto dal notaro. Sicchè a mente del legislatore, comunque espressa nel codice attuale, e traendo ragione dal medesimo la verità, che si vede dall' atto, supplisce al difetto di precisione nel rapporto delle formalità.

„ Attesocchè nel testamento, per cui si agisce non si è dubitato, che tutto fu eseguito *unico contextu*; e dall' insieme dell'atto si raccoglie, che il medesimo fu dettato dal testatore, scritto dal notaro, cui fu dettato, e che il medesimo adempì all' obbligo della lettura ne' termini della legge. Avvegnacchè, ove il notaro dice di averne data lettura alla presenza del testatore, e de' testimonj, malamente se ne trae difetto, nell' idea, che secondo la dizione del notaro, può stare, che la lettura si fece in due tempi, giacchè cotesta sottigliezza, mentre pone in dubbio la nullità del contesto, (ne anche messo in difficoltà dalle parti) attraversa le regole d' interpetrazione; ed ove la legge vuole, che si dia all' atto il senso, che può renderlo valido, si fa guerra ai vocaboli per convellerlo e perderne il vero senso.

„ Così il notaro dice, che il testatore *ha dettato il testamento che esso ha fatto*, parole, che giustamente prese importano adempimento di una delle formalità; e pure da simile dizione si è tratto altro argomento di nullità, dacchè non spiega di averlo a lui dettato, ed esso scritto. Ma se non si è dubitato, che il notaro l'abbia scritto tanto, che non si è creduta necessaria la verifica, che ne fu chiesta, dovea egualmente convenirsi, che all'oggetto tanto vale l'espressione di aver fatto il testamento, che di averlo scritto. Ove il legislatore non ha richiesto *verba concepta*, si va di dritto agli equipollenti, e la orazione comunque non chiara, si prende *ex mente pronuntiantis* per sostener l'atto cui inserve.

„ Ed è vero ugualmente, che il legislatore richiedendo la menzione delle formalità, non ha indicato il luogo dell'atto, ove debba contenersi; basta che sia nè cancelli dell' atto, per dirsi adempito il voto della legge; perciò mal grado che si trovi nel fine del testamento ciò, che non si rinviene, nel principio, e nel mezzo, l'atto non è meno perfetto; si riporta al tutto la frase, ciocchè è nel fine della frase, come da ogni parte della legge si prendono elementi a dichiararla.

„ La corte suprema quindi non può mandar senza censura la decisione denunciata; dacchè il legislatore dichiara, che sempre debbono seguirsi *vestigia voluntatis L. 5. Cod. de necessariis servis hered*, e nella medesima si annoverà una volontà chiara, e replicatamente espressa. Nè dovea sfuggire dall'occhio della corte giudicatrice, che il testamento è coevo alla legge, che ne detta la regola. È principio di qualunque legislazione, che gli errori, i quali non si attengono alla sostanza dell'atto, e che comunemente avvengono, o ne scansano la intelligenza, o meno pesano sull' equa bilancia del giudice.

„ Osserva finalmente che un'atto nullo non può aver forza a convellere l'atto valido, dacchè dal niente nulla si opera. Sicchè ove la corte giudicatrice credea nullo il testamento del 1810, conveniva, che con maggio e serietà si fosse occupata del testamento del 1797. Dovea vedere fra l'altro, se essendovi nel medesimo l'erede gravato, ed il sostituito *verbis directis*, colla facoltà a costui di disporre de' beni, attesa la premorienza dell' erede gravato prima del testatore trapassato nel 1812, potea nel passaggio dell' una all'altra legislazione, dirsi il testamento affetto dal vizio della sostituzione, o n'era rimasto purgato per la premorienza del gravato. E se le idee, che

militavano prima per conservare i fedecommessi che avevano la protezione della legge, possono adattarsi oggi, che i fedecommessi sono proscritti, ed abborriti.

,, La decisione non presenta la maturità, e l'ordinario avvedimento, che la gran corte dell'Aqoila porta ne suoi giudizj, ed è in opposizione all'articolo 927 delle leggi civili.

,, Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la decisione impugnata: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, invia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirs' il deposito.

La stessa corte suprema esaminò inoltre il caso se in un testamento per atto pubblico non si faccia menzione della lettora fattane al testatore, mentre sono osservate le altre formole volute dalla legge, la indicata omessione colpisca l'atto di nullità. Con decisione de' 14 settembre 1824 si sostenne la negativa.

» *Fatto*. D. Teresa Mauro volendo testare per atto pubblico, dacchè non sapeva scrivere, a' 17 maggio 1813 si costituisce innanzi del notaro, ed in presenza di quattro testimonj detta la sua disposizione al notaro, e costui la scrive tale quale viene da lei espressa. E fatta la lettura del testamento in presenza de' medesimi testimonj, la testatrice dichiara, che conteneva la sua volontà: dichiara inoltre di non saper scrivere; il notajo perciò, e li testimonj firmano il testamento.

,, La testatrice sopravvive sino a dicembre del seguente anno 1814 perdurando nella sua disposizione. Trapassa, ed il marito Fortunato Rizzuti, istituito erede, ed il di lui germano Vespasiano che gli succede, possederono pacificamente l'eredità per circa anni otto.

,, D. Vincenzo, ed altri Mauro eredi legittimi della defunta ne principj del 1822 attaccano di nullità questa disposizione nel tribunale civile di Catanzaro, a solo motivo, che nella menzione della lettura del testamento si era omesso di essersi questa fatta alla testatrice.

,, I primi giudici a'24 luglio 1822 accolgono la domanda, dichiarando nulla la disposizione; e la gran corte civile di Catanzaro a 30 del seguente agosto conferma la sentenza appellata per parte del signor Rizzuti.

,, La decisione basa sul motivo di non essersi adempiuto al voto della legge, ossia all' articolo 927 leggi civili, omettendo la menzione della lettura alla testatrice. I giudici del merito sono di avviso, che questa formola fosse sagramentale esclusiva di equipollenti; per cui se quantunque l'insieme del testamento, esprima la lettura fatta alla testatrice, era ambiguo se simultaneamente si fosse fatta alla testatrice, ed ai testimonj.

,, Ricorso del signor Rizzuti per annullamento con deposito. Sostiene che la formola non sia sagramentale, e che ammette gli equipollenti; anzi che nella specie siasi esattamente adempiuto al disposto dalla legge.

,, Udito il rapporto ec. ed inteso il pub. minist., che si è rimesso alla giustizia del collegio.

,, La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

,, Visto il ricorso: vista la decisione.

,, Visti gli articoli 972 cod. civile 927 leggi civili. *L*. 5. *Cod. de necess. scrv. hered*, *et L*. 38. *D. de leg*.

,, Ha fatte le seguenti osservazioni.

,, Per la garantia della volontà de' disponenti, la legge prescrive le formole, alle quali gli atti, che la contengono, sono testualmente assoggettate a pena di nullità. A buon dire la pruova del fatto risiede nelle formole stabilite. Nè testamenti per atto pubblico è prescritta la dettatura del testatore, la redazione di mano del notaro, e la lettura al testatore in presenza de' testimonj. Di tutto se ne deve fare espressa menzione.

,, Si prescrive la dettatura del testatore, per evitarne la menoma alterazione: si prescrive la redazione per mano del notaro, per la lealtà dell' atto: si prescrive in fine la lettura al testatore in presenza de' testimonj, affinchè possa egli accertarsi, e convincersi, che la sua disposizione sia stata redatta con esattezza, e fedeltà, ed abbia il mezzo, ove il voglia, di cambiare la sua disposizione, o aggiugnervi.

,, Nel testamento in esame trovasi a tutto adempiuto. Della dettatura, e della redazio-

ne non si disputa. Si contende soltanto la lettura alla testatrice, perchè si menziona la lettura in presenza de' testimonj, ma senza dirsi, fatta alla testatrice.

„ Come di ciò contendersi? La dettatura della testatrice, la redazione del notaro, e la lettura in presenza de' testimonj non in periodi separati, tutte si comprendono nello stesso periodo, nello stesso atto, ed unico contesto.

„ Nè ad altri fuorchè alla testatrice si può riferire la lettura. Non ai testimonj, come con manifesto equivoco opinano i giudici del merito; giacchè espressamente si dice *in loro presenza.* La lettura dunque dovè farsi ad altra persona in presenza de' testimonj Questa non poteva esser altra, che la testatrice, la quale era l' unica, che figurava nell' atto. E che in effetti essa sia stata, non può dubitarsene; giacchè la medesima alla lettura del suo testamento in presenza de' testimonj, dichiarò, che quello conteneva la sua volontà. Ed ecco dileguato il dubbio promosso dai giudici del merito, su la lettura forse fatta separatamente ai testimonj, ed alla testatrice, e non già simultaneamente.

» Le formole sono richieste ad assicurare la volontà del defunto. La legge però non ne prescrive l' adempimento *verbis conceptis*; si va di dritto perciò agli equipollenti; e l' orazione comunque retta, e non chiara, si prende *ex mente pronuntiantis* per sostenere l' atto, cui inserve.

» *Semper vestigia voluntatis sequimur testatorum*, disse il legislatore in *L.* 5. *Cod. de neces. serv. hered.* La verità quindi, che si vede dall'atto, supplisce al difetto di precisione nel rapporto delle formalità. Di ciò nella specie ne fa una chiara dimostrazione l'articolo 927 leggi civili, e quindi la corte suprema in tutti li rincontri, come i molteplici uniformi arresti emessi all' oggetto dimostrano, e che secondo l' insegnamento di Callistrato in *L.* 38. *D. de leg.* tengono luogo di legge; non ha avuto per sagramentali le formalità prescritte pei testamenti per atto pubblico; ha ammessi gli equipollenti; e costando dall' atto la verità della disposizione, poco si è curata del difetto di precisione nel rapporto delle formalità, poggiate alla sottigliezza, e sofismi forensi per distruggere un testamento, per la di cui fermezza pugnarono sempre le leggi delle più culte nazioni.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione: rimettendo le cose nello stato precedente alla pronunziazione della medesima, invia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli; ed ordina di restituirs'il deposito. »

Nella corte di appello di Torino vennero ad esame le seguenti questioni: 1.° Se si può apporre dopo la firma del testatore, e de' testimonj la menzione che il notaro ha scritto il testamento? 2.° Se si può fare induzione dalla espressione dell' atto della lettura fatta al testatore, o pure si può supplire per equipollenti? Ebbe luogo la negativa con decisione de 30 frimale anno 14.

» *Fatto.* Dopo la morte di Stefano Giuseppe Grosso di Torino, la signora Scarampi, sua erede presuntiva, domanda la nullità di un testamento ch' egli aveva lasciato in data delli 4 frimale, an. 12.

» Ecco le formalità attaccate.

»» Personalmente constituito Stefano Giuseppe Grosso, il quale .... lui dettante, ha per sua ultima volontà disposto come segue....

» (*Qui si trovano le disposizioni in favo e di Secondo e di Felicita Marchioni*).

»» Avendo chiesto me notajo sottoscritto di riceverne il presente, quale ho ricevuto, letto e pubblicato alla presenza dei suddetti, ed infrascritti testimonj.

» (*Qui seguono le firme del testatore e di sette testimonj*).

»» La minuta scritta di mio proprio pugno contiene un foglio ec..... in fede N. N. notajo ec.....

» La signora Scarampi sostiene che questo testamento è nullo, atteso che il notaro ha messa la menzione che aveva scritto il testamento dopo la firma del testatore e dei testimonj.

» A 16. fiorile, anno 13, sentenza del tribunale di Torino che per questo motivo annulla il testamento.

» La signora Scarampi aggiunge in appello un altro motivo di nullità preso da ciò, che non trovavansi nell'atto la menzione espres-

sa ch'era stato *letto al testatore*; essa faceva su questo punto tutti i raziocinj che si possono fare per supplirvi, e che d'altronde si possono ritrovare nelle discussioni che abbiamo presentate all'occasione delle sentenze pronunciate in questa materia.

» Gli appellanti dal canto loro han preteso sulla prima nullità, che il notaro dichiarando, prima di apporre la sua firma, che aveva scritto il testamento di sua mano, avesse bastantemente adempito al voto della legge, perchè niun articolo del codice civile prescrivendo il luogo che deve occupare questa menzione nell'atto, si potea indistintamente porla ovunque; sia che ella si trovi nel principio dell'atto o in fine; sia che si trovi prima o dopo la firma, essa non è meno contenuta nell'atto: ciò è tutto quello che la legge esige, perchè n'è con ciò adempito il suo scopo: il fatto di cui essa cerca la pruova è egualmente determinato in qualunque luogo sia posta la menzione.

» Di più, nel caso è ancor meno permesso di promovere il minimo dubbio. Le parole, *ho ricevuto*, che si trovano prima delle firme del testatore e dei testimonj, adempirebbero sole al voto della legge, e dovrebbero sole far rigettare la proposta nullità; con più forte ragione poi quando esse sono collegate colla menzione espressa e chiara che si trova nel fine dell'atto.

» Sopra la seconda nullità, han sostenuto che il principio dell'atto annunciando che il testatore e i testimonj si erano presentati avanti il notaro, ed erano riuniti avanti a lui: ed il fine dell'atto esprimendo che è stato letto e pubblicato in presenza dei testimonj, ne risultava evidentemente che questa lettura era stata fatta al testatore. La menzione che è fatta in *presenza dei testimonj* che erano in *presenza del testatore*, presuppone necessariamente che è stata fatta al testatore; è dunque stato adempito il voto della legge; bisogna quindi rigettare questo secondo motivo di nullità.

» La corte,

» Sentito il signor Delpozzo sostituito al procuratore generale imperiale;

» Visti gli articoli 972 e 1001 del codice civile,

» » Visti gli art. 971, 973 e 974, del codice civile e la legge del 25 ventoso, anno 11.

» Considerando che la legge esige sotto pena di nullità la menzione espressa che il notaro ha letto il testamento al testatore, che non esiste questa menzione espressa in alcuna parte dell'atto; che le parole *io ho ricevuto, letto e pubblicato il testamento in presenza dei testimonj*, provano sibbene che il notaro ha fatta lettura dell'atto ai testimonj, ma non al testatore; che giugnendo le dette parole a quelle ch'esitono nel principio dell'atto, dalle quali risulta che il testatore e i testimonj si erano riuniti avanti il notaro, ne risulta bene una congettura che il testatore ha potuto sentire la pubblicazione dell'atto, ma non ne risulta quella prova evidente voluta dalla legge che il notaro stesso ha letto l'atto al testatore, che quella è una formalità che interessa assai più essenzialmente il testatore che i testimonj; imperocchè se la legge ha voluto che si facesse lettura direttamente al testatore, il motivo è di dargli campo di cambiare le sue disposizioni, o farvi aggiunte.

» Considerando che la legge pronuncia la nullità del testamento fatto in atto pubblico nel caso che il notaro non faccia menzione espressa che è stato scritto da lui; che devesi fare questa menzione nell'atto stesso in presenza del testatore e dei testimonj, e prima che vi facciano la loro firma; che per convincersene, basta seguire l'ordine in cui sono collocati gli articoli 971, 972, 973 e 974, poichè si vedrà che l'obbligazione imposta al notaro di dichiarare che egli ha scritto il testamento, precede quella della sottoscrizione del testatore e dei testimonj; che ciò è d'altronde conforme allo spirito della legge; poichè dovendosi dal testatore conoscere e dai testimonj affermarsi tutto il contenuto nell'atto pubblico, denominato *testamento*, ne viene necessariamente che tutto ciò che forma l'atto dev'essere redatto prima della loro firma, onde si acquisti con questo mezzo la certezza che tutto è stato fatto e scritto in presenza del testatore e dei testimonj, certezza che manca in questo caso; poichè il notajo ha fatta la sua dichiarazione dopo la firma di cui si tratta; che essendo il testa-

ricevuto per atto pubblico un atto notariale, gli sono applicabili le disposizioni della legge 25 ventoso, anno 11, concernenti l'organizzazione del notariato; che questa legge negli art. 13, 14, 15, e 16, esige che gli atti notariali ordinarj siano ricevuti da due notaj o da un notajo in presenza di due testimonj; che gli atti fatti in contravvenzione a questa disposizione sono nulli come atti pubblici, e non possono valere, che come atti fatti in privata scrittura se le parti li hanno firmati; che questi atti siano firmati dalle parti, dai testimonj e dai notaj; che siano scritti in un solo medesimo contesto; che le *chiamate* e le postille scritte in margine siano firmate e vidimate tanto da' notaj che dagli altri sottoscriventi sotto pena di nullità delle dette *chiamate* e postille; che non vi debba essere nè rinnovazione, nè interlinea, nè aggiunta nel corpo dell'atto; e che le parole rinnovate, poste nelle interlinee o aggiunte, saranno nulle; che finalmente se vi saranno state cancellate delle parole, se ne debba verificare ed approvare il numero nel modo stesso come si fa nelle postille.

» Considerando che dal complesso di queste disposizioni risulta molta evidenza ch'è necessaria la presenza dei testimonj non solo pel merito della disposizione dell'atto, ma poco per tutto ciò che contiene; che il ministero del notaro non attribuisce il carattere di autenticità a un atto notariale, se non in quanto vi sia concorsa la presenza dei testimonj, presenza sempre necessaria quando trattasi di testamento; che in un atto notariale, per conseguenza nel testamento pubblico, non vi deve esser cosa che non sia firmata dal testatore e dai testimonj, fuor della semplice firma del notajo che è l'ultima in ordine; che se vi ha qualche parte dell'atto che non sia firmata dal testatore e dai testimonj, essa non può godere della pubblica fede dovuta ad atto autentico; conseguenza che la menzione fatta dal notaro nel testamento in quistione dopo la firma dei testimonj di averlo scritto egli medesimo, deve essere considerata come fatta fuori dell'atto e come una privata attestazione dal canto suo; che le parole *ho ricevuto il testamento* poste prima della firma in quistione, non possono supplire all'omissione di cui si parla; imperciocchè è assai evidente che un notajo può ben avere ricevuto un testamento, senzacchè ne risulti ch'egli l'abbia scritto di sua propria mano, e che non sarebbe stato meno da lui ricevuto nel caso ezjandio che fosse stato scritto da uno de' suoi scrittori; che tutto ciò che gli appelanti hanno detto relativamente all'accusa di falso contro il notajo, è estraneo alla quistione sulla validità o nullità del testamento; imperciocchè trattandosi in questo caso di una forma che è di rigore, la dichiarazione del notaro non ha potuto far prova se non in quanto è stata inserita nell'atto; dal che è forza conchiudere che, o vera, o falsa, la dichiarazione del notajo non può nel caso influire sulla sentenza della corte.

» Dice esser stato ben giudicato nella sentenza da cui si è appellato, ec. »

Vedi inoltre il §. 7. colle decisioni riportate.

Delle istituzioni di erede, e de' legati in generale.

» §. 38. Le disposizioni testamentarie sono o *universali*, o a *titolo universale*, o » a *titolo particolare*.

» Ciascheduna di queste disposizioni tanto » se sia fatta sotto la denominazione d'istituzione di erede, quanto di legato, produrrà il suo effetto secondo le regole qui » appresso stabilite per la istituzione di erede e legati universali, pe' legati a titolo » universale, e pe' legati particolari. *Art.* » 928. *Leg. civ.*

» Il presente articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, introduce fra i legati universali una distinzione non conosciuta per lo innanzi nel dritto. Dicevasi legato universale non solo quello, che comprendeva la totalità de' beni, ma ancora quello che ne comprendeva una parte, fatta a modo di quota *per modum quantitatis*, p. e. il terzo, il quarto, o qualunque altra porzione.

» Secondo la presente disposizione non ci sono più propriamente legati universali, se non quelli che comprendono tutti i beni, o la universalità intera; ed il legato che abbraccia soltanto una parte dei beni, non è

più un legato universale, ma bensì un legato a titolo universale.

» Dal paragrafo unico del nostro articolo segue che si potrà disporre sotto la denominazione d'instituzione di erede, anche di una cosa particolare. Questa disposizione però non avrà l'effetto come nel dritto romano, di deferire la intera successione *detracta mentione rei*; ma essa farà un legato particolare, e si limiterà alla sola cosa nominata.

» Il vero significato di questo paragrafo è che non già i termini di cui il testatore si sarà servito, ma la natura delle sue disposizioni, e lo stato in cui si troverà la sua famiglia, determineranno i dritti di colui, a favore del quale tali disposizioni saranno fatte.

» Spesso chi si troverà istituito erede sarà soltanto legatario, e per l'opposto il legatario sarà erede. *Osservaz. all' art.* 1002 *del cod. civ.*

Osserva inoltre Maleville che

» Se il testatore dice: » io istituisco il tale mio erede in tutti i miei beni » oppure » io lascio in legato al tale tutti i miei beni: » egli fa un legato universale, ossia una istituzione per tutti i suoi beni.

,, Se il testatore dice: ,, do in legato al tale la metà, il terzo, il quarto ec. de' miei beni: ,, egli fa un legato a titolo universale.

,, Se dice: ,, do in legato al tale la mia terra di..... o una tale o tale somma: ,, fa un legato particolare, benchè in fatto disponga sovente più della metà, del terzo, o del quarto de' beni del testatore.

» Si domanda di qual natura sia quella disposizione, in cui il testatore dica soltanto ,, io istituisco un tale mio erede: oppure: io voglio che un tale sia mio legatario: ,, senza soggiugnere di qual porzione di beni?

,, Rispondo ch'è universale, e che perciò solo, che il testatore non ne ha determinata la qualità, ella deve estendersi a tutto. *Maleville Osservazione all'articolo* 1002 *del cod. civ.*

Della istituzione dell' erede, e de' legati universali.

,, §. 39. La *istituzione di erede* o il *legato universale* è la disposizione testamentaria, colla quale il testatore dà ad una o più persone la universalità de' beni che egli lascerà dopo la sua morte. *Art.* 929. ,, *Leg. civ.*

Alla disposizione testamentaria che il testatore dà a più persone Toullier aggiunge la parola *congiuntamente*; imperciocchè, egli dice, se tutti i beni fossero legati separatamente a molte persone, non sarebbe più un legato universale. Io lego a Pietro la metà de' beni che lascerò dopo la mia morte, ed a Paolo l'altra metà: Pietro e Paolo non sono legatarj universali, perchè il testatore non ha voluto dare ad alcuno di essi la universalità de' beni: niuno di essi ha dritto di pretendere anche eventualmente questa universalità. Se uno de' legati divenisse caduco, o se uno de' legatarj rinunciasse, la metà de' beni ritornerebbe all' erede del sangue.

» Sarebbe altrimenti se il testatore avesse legato *congiuntamente* a Pietro ed a Paolo con una sola e medesima disposizione, la universalità de' suoi beni, senza farne la divisione tra essi: *io dono tutti i miei beni a Pietro ed a Paolo*: imperciocchè allora il testatore ha voluto che uno de' legatarj, in mancanza dell' altro, avesse la totalità de' beni. Se uno de' legatarj premorisse o rinunciasse, la totalità de' beni apparterrebbe all' altro per dritto di accrescere, secondo l' articolo 1044 (999).

,, Dunque il dritto originario o anche eventuale alla universalità de' beni del testatore forma il vero carattere del legato universale. Conserva questo carattere, quantunque sia soggetto a riduzioni o a pesi, quando anche i pesi esaurissero la totalità de' beni; ciò che può accadere, quando il testatore dopo aver istituito un erede testamentario o legatario universale esaurisse la sua fortuna in legati particolari o a titolo universale.

» Il concorso di un erede legittimario non toglie alla disposizione testamentaria il carattere di legato universale che aveva primitivamente nella intenzione del testatore; se p. e. dopo aver legato tutti i suoi beni ad un erede testamentario o legatario universale, lascia morendo un ascendente per erede. Il legatario universale non ha è vero, il possesso legale; è obbligato però di domandare il rilascio del suo legato: ma dopo aver ot-

tenuto questo rilascio, resta legatario universale, come si vede dall' articolo 1009. (935.) Lo è infatti riguardo a qualunque altra persona fuorchè al legittimario: lo è anche sotto un rapporto importantissimo, riguardo al legittimario, ad esclusione del quale raccoglie per dritto di accrescere i legati caduchi o rifiutati. In una parola, la presenza del legittimarlo non fa perdere al legatario universale se non la prerogativa del possesso legale anteriormente al rilascio. *Toullier. Corso di dritto civile Tomo* 5. *n.* 105 e 107.

» §. 40. Quando a morte del testatore vi ,, sieno eredi a' quali è dalla legge riservata ,, una quota de' suoi beni, questi eredi per la ,, lui morte entreranno *ipso jure* nell' imme- ,, diato possesso di tutti i beni dell' eredità; ,, e l' erede scritto o il legatario universale ,, dovrà chiedere da essi il rilascio de' beni ,, compresi nel testamento. *Art.* 930. *Leg.* ,, *civ.*

» Gli eredi mentovati in questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, sono i discendenti e gli ascendenti; giacchè eglino solamente hanno dritto a siffatta riserva la quale dicesi legittima, perchè la legge loro l' attribuisce.

» Ben si scorge che in questo caso la disposizione non ha l' effetto di dare al legatario il titolo e i dritti di erede.

» Un tale titolo risiede nel parente, che è in grado di succedere: questi ha il legale possesso, ed egli ha i dritti, e le azioni ereditarie sino a tanto che ripudia, per attenersi alla legittima, ove abbia dritto di farlo.

» Ma se questi rinunzia, il legatario universale dee tuttavia domandar da lui il rilascio? Sembra che no; perchè col rinunziare il legittimario non è più in possesso di cosa alcuna e nemmeno della sua legittima, la quale si dee da esso stesso domandare; giacchè il dritto di legittima altro non dà che un' azione

» Intanto il legatario per parte sua non è nel possesso: egli ha solamente un' azione per ottenere il rilascio. Ma contro chi la eserciterà? secondo il rigore de' principj, bisognerebbe che egli facesse nominare un curatore alla eredità giacente per intentare contro di costui una tale domanda.

» Del rimanente è meglio attenersi alla disposizione di questo articolo il quale non distingue, e dire che in tal caso il legatario eserciterà la sua azione contro il legittimario. Lo spirito della legge è, che più vantaggioso è per quest' ultimo il conservare i beni per fare la deduzione della legittima, che attribuirgli un azione contro il legatario per ottenerne lo scemamento: tale altresì è il principio delle leggi romane in simili casi. *Osservaz. all' art.* 1004 *del cod. civ.*

Allorchè vi è un legittimario, il testatore potrebbe egli dispensare il legatario universale dall' obbligo di chiedere il rilascio, ed ordinare, che egli sarà investito del possesso di pieno dritto? No, risponde Delvincourt: il legittimario non ha il suo dritto di riserva e d' immediato possesso che dalla legge: la volontà dell' uomo non può derogarvi.

» Innanzi a qual tribunale va portata la domanda pel rilascio de' legati? Innanzi al tribunale dell' apertura della successione: articolo 59 (151 leg. di proced.).

» *Quid*, se i legittimarii rinunziano alla successione? E massima che l' erede il quale rinunzia si ha, riguardo alla successione, come se non esistesse. Il legatario è dunque allora di pieno dritto investito.

» Quando vi sono legittimarj, e che si consente al rilascio del legato universale, deve procedersi tra essi ed il legatario ad una divisione nella forma stessa che tra coeredi. Si è preteso che ciò era vero in quanto alla determinazione della massa ed alla formazione delle porzioni, cose che debbono aver luogo di concerto, ma che in quanto alla ripartizione apparteneva al legittimario lo sceglierе quella porzione ch' ei giudicasse conveniente di conseguare al legatario. Si argomento ciò dal perchè essendo quest' ultimo tenuto di domandare il rilascio, e l' erede essendo investito di tutta la successione, questi trovasi debitore, ed in conseguenza la scelta gli appartiene. Ma tal sistema non mi sembra ammessibile per più ragioni:

» 1.° Perchè frequentemente accaderebbe ch' esso non potrebbe aver luogo. Supponiamo in effetti che vi siano quattro figli ed un legatario universale; ricaderà a ciascun figlio tre sedicesime parti della successione, ed al

legatario quattro sedicesimi, ossia un quarto. Ora, siccome si conviene che la formazione delle porzioni deve aver luogo di accordo col legatario, è certo che solo, per essersi fatta una porzione di un quarto, essa apparterrà di dritto al legatario. È lo stesso del caso in cui non vi è che un legittimario ascendente; giacchè egli non ha dritto che ad un quarto della successione, ed il legatario ai tre quarti;

» 2.° Perchè, siccome l'abbiamo detto, la domanda del rilascio è realmente in questo caso un'azione diretta contra l'erede, onde abbia ad acconsentire alla esecuzione del testamento, anzicchè una vera azione per la consegna dell'oggetto legato; giacchè altrimenti bisognerebbe pretendere che l'erede ha il dritto di formar solo le porzioni. Ora non si è giunto fino a tanto.

» 3.° Perchè la stessa decisione dovrebbe aver luogo nel caso in cui esistesse un erede non legittimario e quattro legatarj a titolo universale, ciascuno per un quarto, mentre sono essi tenuti di domandargli il rilascio. Ora sarebbe assurdo il pretendere che, in questo caso l'erede, il quale nulla ha da reclamare nella successione, possa formare le porzioni e dare a ciascun legatario quello ch'ei giudica convenevole.

» Io stimo dunque doversi ritenere per fermo, che il rilascio del legato consentito ed ordinato una volta tra gli eredi ed il legatario sono interamente *loco coheredum*, è che bisogna applicare alla divisione che ha luogo tra essi tutte le regole della divisione tra coeredi. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5 *nota* 267 *al tit.* 4.

Toullier opina diversamente. Egli dice: Applicando questi principj al legato a titolo universale per esempio, al legato del quarto de' beni, ci sembra che bisogna conchiudere, se il testamento non contiene alcuna cosa contraria, che la scelta deve appartenere all'erede, che non può in verità rilasciare arbitrariamente i beni che gli piacerà di dare al legatario, ma che, dopo aver fatto fare, contraddittoriamente con quest' ultimo, l'apprezzamento e le porzioni de' beni, tanto mobili quanto immobili, può designargli o rilasciargli quella porzione che vorrà, e conservare le altre senza tirarle a sorte. Si vegga la legge 26 §. 2. *D de Legatis* 1.

» Ci sembra ancora ch'è lo stesso del caso in cui il legato universale si trovi ridotto per la presenza di un erede legittimario, al quale il legatario è obbligato di domandare il rilascio. La legge dà la preferenza al primo, poichè essa lo dichiara messo in possesso di tutta l'eredità, e vuole che dalla sua mano il legatario riceva il rilascio del suo legato. Se la sorte dovesse decidere delle porzioni che apparterrano a ciascuno di essi, non si potrebbe dire che il rilascio della porzione del legatario fosse fatto dall'erede.

» La cosa legata debb'essere rilasciata cogli accessorj necessarj: articolo 1018 (972), come i mobili attaccati al fondo a dimora perpetua: articolo 535 536 (460 461), i bestiami e gli utensilj inservienti alla cultura delle terre: articolo 1064 (1020).

» Il legato di una casa comprende quello del giardino che ne dipende, ancorchè sia separato da un cammino, da una strada.

» Si troveranno più ampj dettagli su di ciò che è compreso in un legato o sulla sua estensione consultando il dritto romano, Ricard, Domat, e Pothier delle donazioni testamentarie. *Toullier. Corso di dritto civile vol.* 5. *nota* 530 *e* 531.

,, §. 41. Ciò non ostante il legatario universale o l'erede scritto avrà in questo ,, caso il godimento di tali beni dal giorno ,, della morte, se la domanda è stata fatta ,, dentro l'anno: altrimenti l'avrà dal giorno della domanda giudiziale, o da quello ,, in cui si sia volontariamente consentito al ,, rilascio de' beni. *Art.* 931. *Leg. civ.*

Da queste disposizioni conveniamo con Fiorentino, che l'adizione dell'eredità retrotrae al tempo della morte del testatore.

,, Heres quandoque hereditatem adeundo jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur *L.* 54. *D. de adq. vel omit. hered.*

È uniforme il canone dettato da Paolo.

,, Omnis hereditas quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. *L.* 181. *D. de reg. jur.*

Osserva Maleville che

,, Distinguevansi altre volte, relativamen-

te ai frutti, le petizioni di eredità in linea diretta, e quelle in linea collaterale. Nella diretta la restituzione de' frutti doveasi fare dopo la morte, così quelli della legittima, come quelli del legato che facea le veci della legittima, ma in linea collaterale la restituzione non si facea che dopo la richiesta. Lapeyrere lettera F n. 74 Ricard *Donazioni* p. 2 n. 97 e seg. Lebrun *Successioni* lib. 2 cap. 7. sez. 5.

,, Il nostro articolo forma un nuovo dritto cui bisogna scrupolosamente riguardare. In proposito fu richiesto se l'erede naturale che avrà preso il possesso de' beni, ed avrà fatto un atto di erede per non essersi presentato opportunamente il legatario universale, potrà in seguito ritenere la sua legittima? Fu risposto che lo potrebbe fare, se provasse di non aver avuto conoscenza del testamento; che non lo potrebbe fare se avesse avuto notizia del medesimo.

,, Per me credo che sia o non sia a cognizione dell' erede naturale il testamento, potrà egli sempre ritenere la sua legittima, quando il legatario universale si presenterà. La legge lo chiamava difatti al possesso della legittima. Egli poteva credere che il legatario non volesse accettare l'eredità; poichè egli non si avanzava a pretenderla. Oltreacciò in nessun caso si può supporre che l'avente dritto alla legittima abbia voluto rinunciare alla sua legittima. *Maleville. Osservazione all' art.* 1005 *del cod. civ.*

Se il legatario universale differendo a formare la domanda pel rilascio del legato, l' erede naturale si è messo in possesso de' beni della eredità, e ne ha presa la qualità espressamente o tacitamente, quale misura dovrà adottarsi? Potrà egli dietro la domanda del legatario ritenere la legittima?

,, Bisogna distinguere, rispondono gli autori delle pandette francesi, se esso ha avuto cognizione del testamento, o se lo ha ignorato.

,, Nel primo caso egli non potrà pretendere la detrazione della legittima; giacchè le qualità di legittimario e di erede sono tra loro incompatibili. D'altronde le donazioni eccessive tanto tra vivi che per testamento non sono già nulle di pieno dritto ma soltanto vanno soggette a riduzione; e questo dritto di riduzione si trova stabilito unicamente in favore dell' erede naturale privato de' beni; per conseguenza può egli rinunziarvi secondo la massima *unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

» Ora l'erede che avendo notizia del testamento e del legato universale che vi è contenuto, ha fatto atti o ha preso qualità di erede, ha rinunziato all' azione a fine di legittima; dal che segue che dev' egli restituire al legatario che domanda il rilascio la totalità de' beni.

» Ma se egli ne abbia alienato alcuno, il legatario potrà rivendicarlo contro il terzo possessore? L' affermativa è fuori di dubbio, perchè il legatario è proprietario, e l' erede altro non era, che possessore, per cui non poteva questi trasferire una proprietà che non aveva. Ma il terzo acquirente sarà obbligato alla restituzione de' frutti soltanto dopo il giorno della domanda; giacchè non essendo egli debitore del legato, non trovasi nel caso del presente articolo: rientra nella classe de' possessori ordinarj; e siccome questo acquirente aveva un giusto titolo ed era di buona fede, così fa suoi i frutti, fino a che non venga impugnato, conoscendo in tal maniera il vizio del suo possesso. Tocca all' erede di render conto al legatario de' frutti anteriori, quando la domanda sia stata fatta a tempo.

» Nel secondo caso, cioè, se l'erede che non ne ha presa la qualità, abbia ignorato il testamento p. e. quando un tale testamento sia stato scoperto lungo tempo dopo la morte del testatore, il che non è raro a succedere; un tale erede che per errore accettò, non ostante la sua accettazione viene ammesso a rinunciare in forza dell' articolo 783 (700) del cod. civile; ed in tal caso può domandare la legittima.

» Ma in quest' ultimo caso dopo quel epoca il legatario universale, istituito con un tal testamento scoperto lungo tempo dopo la morte del testatore, potrà chiedere la restituzione dei frutti? forse dopo il giorno della morte, o soltanto dopo il giorno della domanda?

» Attenendosi strettamente alla lettera di questo articolo, ciò sarà dopo il giorno della

domanda, perchè egli non l'avrà formata fra l'anno della morte. Forse si objetterà che la prescrizione stabilita contro un'azione qualunque non può cominciare a decorre se non dal momento nel quale quegli a cui essa appartiene ha cognizione del suo dritto, perchè egli non ha potuto agire da prima; dal che può conchiudersi che in questo caso è sufficiente se il legatario presenti la sua domanda fra l'anno dopo la scoperta del testamento, per poter far sì che i frutti gli siano dovuti dal giorno dopo la morte del testatore.

» Malgrado tali ragioni, la cui verità generalmente è incontrastabile, noi crediamo che esse non debbono applicarsi al caso di cui qui si tratta; e che non bisogna accordare i frutti al legatario se non dopo il giorno della sua domanda, o al più dal giorno della scoperta del testamento, se la domanda di lui sia proposta dentro l'anno di tale scoperta. Da una parte la legge non distingue, e da un'altra parte l'erede che è stato di buona fede, potrebbe essere considerabilmente danneggiato mercè una restituzione di frutti molto notabile; e potrebbesi in tal maniera rendere inutile la legittima, che la legge medesima accorda all'erede. *Osservazione all' articolo* 1005 *del cod. civ.*

Se si sarà volontariamente acconsentito al rilascio, in questo caso i frutti che il legittimario ha percepito nell'intervallo, debbono essi imputarsi sulla di lui legittima onde diminuire di altrettanto la riduzione che deve sopportare il legato universale? Io non lo credo, risponde Delvincourt. A' termini degli articoli 922 e 1090 (839 e 1405) per calcolar la legittima ed il disponibile, non si considera il valore e l'ammontare de' beni che all'epoca della morte. Da tal momento il legittimario è investito della sua riserva. In quanto ai frutti che percepisce dopo, ei ne profitta come possessore di buona fede, e perchè il silenzio serbato per sì lungo tempo dal legatario ha dovuto fargli credere che il legato era caduco. È dunque un fatto interamente estraneo alla sua legittima, e che non può diminuirne il valore. Finalmente la legge 22 §. 2 *D. ad Senatus. Trebell.* decide formalmente che se l'erede fedecommessario ha trascurato di domandare il fedecommesso, i frutti che il fiduciario ha percepiti nell'intervallo, non debono essere imputati sul quarto, *quia*, dice la legge *negligentia petentis, non judicio defuncti percepti videntur.* Sarebbe altrimenti nel caso, per esempio, di un legato a termine; allora i frutti percepiti dopo l'apertura sino alla scadenza del termine sono imputati, *quia ex judicio testantis percepti videntur*: (*Ibid. e L.* 15 *§.* 1 *D. ad L. falcid.*) *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5. *nota* 268 *al tit.* 4.

,, §. 42. Quando a morte del testatore non ,, vi sieno eredi a'quali la legge riservi una ,, quota de' beni, questi passeranno *ipso jure* ,, dal giorno della morte di quello all'ere- ,, de scritto, o al legatario universale, sen- ,, za l'obbligo di domandarne il rilascio. ,, *Art.* 932. *Leg. civ.*

Questo articolo ha il suo rapporto con l' articolo 645. (*Vedi Successione* §. 8).

Sul modo del possesso, cui vien messo l'erede scritto o il legatario universale sono dettate le disposizioni dall'articolo 934. Vedi il §. 45.

Nel tribunale civile di Versailles con sentenza de' 26 brumale anno 12 fu deciso che gli eredi collaterali possono esigere contro il legatario universale, e nel tempo stesso esecutore testamentario, che si faccia un inventario della eredità, ed alla loro presenza.

» *Fatto.* Negli ultimi giorni di fruttidoro anno 11 la damigella Letellier muore, lasciando dei collaterali per eredi.

» A 22 ella aveva fatto un testamento, mediante il quale, dopo diversi legati particolari, Froidefond Duchastenay era nominato suo legatario universale, e contemporaneamente esecutore testamentario. La defunta aveva dichiarato espressamente esser sua volontà che Froidefond avesse, in quest'ultima disposizione, il possesso di tutta la eredità.

,, Alla morte della damigella Letellier, il legatario universale fa apporre i sigilli.

» La dama vedova Caquè, Grenier e sua moglie, e la damigella Letellier, eredi presuntivi, provocarono che fossero levati i sigilli, e domandarono che a loro istanza si procedesse all'inventario di tutti gli effetti della eredità.

» Istruito di questa provocazione, Froide-

fond Duchastenay fa intimare ai presuntivi eredi il testamento che gli conferiva il doppio titolo di esecutore testamentario, e di legatario universale; e fa opposizione onde non si proceda alle richieste operazioni.

» Dietro questi fatti intermedj, la dama vedova Caqué e consorti, mediante dichiarazione fatta alla cancelleria del tribunale, conformemente all'art. 793 del codice (710.) assumono la qualità di eredi sotto il beneficio dell'inventario.

» In questo stato le parti si presentarono innanzi al tribunale di Versailles. Si trattava di decidere sul merito dell'opposizione di Froidefond, e di decidere se si doveva ad istanza degli eredi procedere all'inventario dell'eredità.

» Diversi motivi si presentavano a favore della vedova Caqué e suoi coeredi.

» 1. Vi è, dicevasi, necessità indispensabile di fare inventario; perciocchè la eredità è stata accettata con questo beneficio, per effetto della dichiarazione fatta alla cancelleria del tribunale. L'art. 794 del codice (711.) vuole che questa dichiarazione non abbia effetto, se non in quando che sarà preceduta o susseguita da un fedele inventario. L'interesse degli eredi riclama dunque imperiosamente l'osservanza e l'adempimento di questa formalità: il beneficio della legge vi è annesso: non dee essere in potere di Froidefond di annullarlo. Egli non può impegnare gli eredi del sangue ne' pericoli di un'accettazione pura e semplice, e gravarli di un titolo e di una responsabilità che rigettano.

,, 2. Come Froidefond può ricusare a far l'inventario? Il suo titolo stesso di esecutore testamentario gliene fa un dovere, art. 1031 (986).

,, Le opposizioni fatte dai creditori della eredità rendono indespensabile questa misura nella rimozione e ricognizione dei sigilli.

,, L'interesse di uno degli eredi assente lo riclama non meno imperiosamente.

,, 3. Froidefond, in virtù del testamento che esibisce, pretende di essere messo in possesso de' beni dell'eredità senza preventivo inventario. Ma è poi ben sicuro che tal testamento è precisamente l'ultima volontà della defunta, e che non lo ha rivocato in forza di più recenti disposizioni? Che la voce del sangue sprezzata un momento, non ha ottenuto sopra di lei un ultimo trionfo? Chi lo ha assicurato che la testatrice non ha potuto almeno fare alcune nuove liberalità, le quali tendessero a diminuire il legato universale? In tale incertezza debbonsi levare inconsideratamente i sigilli, ed abbandonare alla discrezione del legatario titoli, e carte, le quali possono circoscrivere ed anche annichilare il suo dritto?

,, 4. Gli eredi della damigella Letellier hanno tanto più ragione di richiedere un esatto inventario dell'eredità, in quanto che il testamento di cui si prevale Froidefond, offre al primo aspetto una nullità manifesta. Infatti, non vi è enunciato il notajo che lo ha scritto; e l'art. 1001 del codice (927.) esige questa menzione sotto pena di nullità. Un'istanza è già promossa sotto questo punto; l'esito non potrebbe essere per gli eredi. E in questo stato Froidefond domanda che se gli rimettano, senza inventario, e senza qualsivoglia descrizione, gli effetti di una eredità, della quale ogni cosa annuncia che egli non sarà che depositario momentaneo? La nullità che presenta il testamento della damigella Letellier, fosse pur essa meno evidente, basta che vi sia qualche ragione di dubitare della validità di quest'atto; basta in fine che possa essere impugnato dagli eredi del sangue; e questo diritto è incontrastabile, perchè essi sieno autorizzati a far comprovare lo stato di una eredità, la quale può essere loro un giorno restituita, ed a prevenire le frodi e le dilapidazioni alle quali la mancanza dell'inventario parrebbe eccitare la mala fede.

» Si rispondeva a favore di Froidefond: l'art. 1006 del codice (932) stabilisce, che il legatario universale, allorchè il defunto non ha lasciati eredi aventi diritto ad una riserva, colla morte ha *ipso jure* l'immediato possesso, senza essere tenuto a domandarne il rilascio. Egli, all'istante della morte, è investito di tutt'i beni ceduti dal testatore. Tutte le domande che si possono formare su questi beni, debbono essere dirette contro di lui. Come infatti concepire una eredità, allorchè il legato universale abbraccia tutto? Come supporre degli eredi che vengono privati del possesso? L'erede è la continuazione della

persona del defunto. Egli è surrogato in suo luogo all'istante stesso della morte. Il suo possesso si riunisce a quello del suo autore; di modo che l'esistenza civile di un cittadino sembra perpetuarsi, e che il suo posto è mai sempre occupato. Ma senza il possesso, tutti questi caratteri distintivi della qualità di erede svaniscono. Allora egli non è più la continuazione della persona del defunto; la catena è interrotta. In una parola, non vi sono più eredi.

,, Tutti gli argomenti accumulati in favore degli avversarj vengono a rompersi contro questo ragionamento.

,, Eglino non hanno alcun titolo per riclamare la forma di un inventario: non sono eredi.

,, Non vi è luogo a fare alcuna applicazione dell'art. 1031, il quale ordina all'esecutore testamentario di procedere all'inventario de' beni in presenza dell'erede. Qui non ve ne sono punto.

,, Non vi è luogo ad avere alcuna inquietudine sui dritti dell'assente. Questi non ne ha alcuno.

,, Non vi è luogo a concepire alcun timore per causa de' creditori. Questi non possono agire contro il legatario universale: e senza l'intervento de' pretesi eredi, eglino sapranno e potranno provvedere alla conservazione de' loro diritti.

,, Non vi esiste in fine alcun motivo di prevalersi di una dichiarazione fatta alla cancelleria, mediante la quale si dice avere accettata l'eredità sotto il beneficio dell'inventario; perciocchè non vi potrebbe esistere erede beneficiario colà ove non vi sono eredi. La dichiarazione opposta non può avere maggiori effetti di quella di qualsivoglia altro individuo senza qualità, il quale si fosse immaginato di andare alla cancelleria a farne una simile.

» Quanto alle speranze che si sono manifestate di ottenere l'annullazione del testamento, i tribunali, allorquando sarà tempo, sapranno apprezzarne tutto il valore. Frattanto si produce un atto autentico. Questo comanda la confidenza; tutte le pretenzioni sono per la sua validità fino alla prova del contrario. Sopra supposizione chimeriche, sopra speranze illusorie, alle quali forse non credono que' medesimi che le foggiano, non si può privare il legatario universale, de' vantaggi che la legge annette al suo titolo; nè spogliarlo provvisoriamente de' titoli che gli assicura questo atto.

» Si replicava a favore della vedova Caquè e consorti, che, quando la damigella Letellier aveva lasciati morendo una sorella, due nipoti, ed un nipote era ridicolo il pretendere che non potessero esservi degli eredi; il legatario universale era senza dubbio il successore ne' beni; ma che egli non succedeva alla persona del defunto, non più che ai titoli e documenti di famiglia, i quali non erano *in bonis*; che non vi era che un caso solo in cui la legge, non ammettendo più di successibilità, non riconosceva degli eredi ne' parenti del defunto, quello cioè in cui questi parenti fossero dei collaterali al di là del dodicesimo grado; che, fuori di questo caso, qualsivoglia morte chiamava un erede; che la prova dimostrativa di potervene essere non ostante la instituzione di un legatario universale, era nell'azione di nullità che può essere diretta contro il testamento. Quest'azione appartiene a' soli eredi. Qui dunque ve ne possono essere, nella stessa guisa che vi è qualche cosa che non entra nel dominio del legatario universale; cioè, l'azione accordata agli eredi per impugnare il suo titolo, e far rientrare nell'eredità i beni che la volontà del testatore aveva distratti. Se questi mezzi appartengono agli eredi, per una necessaria conseguenza è mestieri altresì accordar loro quelli di fare degli atti conservativi, senza de' quali non otterrebbero che un successo inutile.

» *Sentenza*. In ciò che concerne le domande della vedova Caquè e consorti, tendenti all'oggetto che a loro istanza, siccome eredi beneficiarj, si proceda a spese della cosa, a spese di chi sarà di ragione alla ricognizione e rimozione de' sigilli apposti dopo la morte della damigella Letellier, ed in seguito all'inventario privato ed esatta descrizione di tutti gli effetti mobiliari, titoli e documenti che si trovano sotto i detti sigilli;

» Attesocchè un inventario dopo la morte è una misura provvisoria, la quale ha per

oggetto di comprovare lo stato di una eredità, e di conservare i diritti di coloro che possono prendervi interesse; che gli eredi legittimi chiamati dalla legge a succedere alla persona del defunto, quantunque possono essere spogliati del diritto di succedere ai beni per l'effetto di un legato universale, ciò nondimeno non possono essere considerati come degli estranei senza titolo senza qualità e senza interesse: che per siffatto motivo eglino sono ben fondati a domandare che non sia raccolta l'eredità da quegli cui è di ragione, se non dopo la cognizione esatta di ciò che la compone;

» Ma attesocchè Froidefond Duchastenay è colui che ha richiesta l'apposizione de' sigilli di cui si tratta; e che nella qualità di legatario universale della damigella Letellier egli, a termini dell'art. 1006 del codice, ha il possesso del suo legato senza essere tenuto di domandarne il rilascio; che egli unisce a detta prima qualità quella di esecutore testamentario, e che, secondo l'art. 1031 dello stesso codice, l'esecutore testamentario è tenuto di far fare l'inventario in presenza degli eredi presuntivi, i quali nel caso, richiedono eglino stessi quest' inventario.

» Ordina che si proceda alla ricognizione e rimozione de' sigilli di cui si tratta, alla conservazione de' diritti a chi sarà di ragione, ed a spese della cosa, ad istanza di Froidefond Duchastenay, legatario universale ed esecutore testamentario della damigella Letellier; colla condizione nondimeno, dalla parte del detto Froidefood, di fare le dette ricognizioni e rimozioni progressivamente; e di procedere all'inventario privato ed alla esatta descrizione di tutto il mobiliare, titoli, documenti, ed indizj che si trovassero sotto i sigilli; di chiamare alle dette operazioni la Vedova Caqué e consorti i quali, queste eccettuate, potranno fare tutte l osservazioni ed ispezioni che crederanno convenevoli ed utili a'loro interessi. »

Nella corte di appello d'Angers si discusse il caso se un legatario universale che in vece d'investirsi direttamente della eredità mette il legatario particolare nella necessità di fare delle spese per procedure inutili debba sostener queste spese come valide? La negativa fu decisa a 16 pratile anno 13.

» *Fatto*. Carlotta Lorière, vedova di Gabriele Choquet, nel suo testamento pubblico delli 3 ventoso, anno 12, fa legato di varj immobili a Maria Livet sua nipote, sposa di Armando Metayer.

» Essa dà a Pietro, a Michele ed a Giuliano Livet Fresnières suoi nipoti, tutti gli altri suoi beni mobili e immobili, qualunque sia la loro natura e la loro origine, per dividerli in tre parti.

» A 10. ventoso, anno 12, morte della testatrice.

» Li 10 germinale seguente i tre Livet rinunciano all'eredità della vedova Choquet, per tenersene solamente i legati.

» A 29. messidoro, anno 12, citazione ad istanza di questi ultimi fatta a Metayer ed alla sua sposa, onde sia sostenuto il testamento, e siano rilasciati i legati.

» A 24. nevoso, anno 13, sentenza che condanna i detti Metayer come eredi puri e semplici, ed ordina a' medesimi di rilasciare i legati a' signori Livet.

» Appellazione de' conjugi Metayer.

» Per sostenere il mal giudicato, insistevano di essere ancora in tempo per pigliar veste nella successione della loro zia; ch'essi avevano dichiarato alla cancelleria di non accettare che sotto il beneficio dell' inventario; che per conseguenza non dovevano stare in causa che in questa qualità; che anzi potevano, con questo titolo, eccepire nella domanda de' convenuti conformemente all' art. 803 del codice civile (720) che dall'art. 843 (762) risulta che l'erede non ritiene la donazione, nè riclama i legati se questi non gli sono stati fatti a titolo di prelegato, o antiparte, a meno che egli non abbia rinunciato all' eredità.

» Nel testamento della signora Choquet non v'è, aggiungevan essi, dispensa di collazione. D'altronde, la rinuncia fatta da' convenuti li 10 germinale, anno 12, non può produrre effetto, poichè secondo l'art. 783, il maggiore non può contraddire alla sua accettazione, nè rinunciare ad una successione dopo averla spogliata, art. 792 (709).

» Conformemente all'art. 778 (695) l'ac-

è o espressa o tacita. I convenuti hanno accettato, se non espressamente, almeno tacitamente, facendo degli atti che, supponevano necessariamente la loro intenzione di accettare, ed a cui essi non avevano diritto di acconsentire che nella loro qualità di eredi.

» Come legatarj universali erano invero posti *ipso jure* in possesso degli effetti dell' eredità conformemente all' art. 1006 (932); ma essendo nel tempo stesso eredi, nè il testamento dispensandoli dalla collazione, non potevano fare alcuna cosa nella prima qualità, prima di aver ripudiata l' altra, altrimenti producevano la confusione.

» Come legatarj a titolo universale essi non avevano alcun titolo per rilasciare veruna cosa ai legatarj particolari. Erano anzi essi medesimi obbligati a domandare il rilascio de' loro legati: nulladimeno si sono impadroniti dell' argenteria, e del danaro; hanno distribuito del grano ai poveri, hanno abitato nella casa del defunto, vi hanno consumate le provvisioni, e ne hanno portato in casa propria.

» Non vi ha dunque bisogno di esaminare se il testamento sia o no valido nella forma, essendo i convenuti senza veste per domandarne la ratifica; poichè ciò ch' essi otterrebbero come legatarj, sarebbero obbligati di conferirlo co' loro coeredi, come eredi.

» I convenuti, all' occorrenza, sono stati *instituiti legatarj universali*. Conformemente all' articolo 1006 (932) essi sono entrati in possesso *ipso jure*: la procedura che hanno diretta contro gli appellanti per rilascio del loro legato universale è dunque *frustranea* e nulla.

» I fratelli Livet rispondevano.

» Secondo l' art. 845 del codice (764) è permesso a quegli che rinuncia una eredità, di accettare i legati. I signori Livet hanno infatti dichiarato li 10 germinale, an. 12, di rinunciare l' eredità. Egli è falso che prima di questa rinuncia abbiano fatto alcun atto di erede. Immediatamente dopo la morte della vedova Choquet furono apposti i sigilli. Se il signor Livet Cheronière ha ricevuto del danaro o dell' argenteria, è perchè il giudice di pace ne lo ha fatto depositario. Non sono state date che alcune staja di grano a coloro che hanno assistito al funerale, e solamente a titolo di elemosina o d' indennità. È cosa insana e contraria a tutte le massime il considerare come atto di erede ciò che il capace a succedere fa per le eseguie del defunto.

» I signori Livet non devono raccogliere, in virtù del testamento, nè tutti i beni, nè meno tutta la porzione disponibile; poichè ve n' ha una parte riserbata alla moglie del signor Metayer. Essi non erano dunque in possesso *ipso jure* dei beni dell' eredità: dovevano anzi a termini dell' art. 1004 (930) domandarne il rilascio.

» La corte,

» Considerando, che il testamento di cui si tratta non è impugnato nè nella forma, nè in merito; che in questo stesso testamento i convenuti sono instituiti legatarj universali; che quindi al momento della morte della testatrice essendo entrati in possesso *ipso jure* degli oggetti ad essi lasciati in legato, essi non dovevano promovere azione alcuna per domandare la conferma di questo testamento ed il rilascio di questi medesimi oggetti.

» Considerando però che gli appellanti, difendendosi in queste domande di conferma e di rilascio, si sono dati a fare delle discussioni estranee che hanno prodotte molte spese nella causa, tanto nella prima istanza che nell' appello, particolarmente sostenendo che i convenuti avevano fatto atto di eredi nella eredità della testatrice, mentre i fatti che sono loro attribuiti non giustificano ch' essi abbiano agito in qualità di eredi, e che gli atti da essi fatti poco tempo dopo la morte della testatrice dimostrano il contrario.

» Dichiara nulla e frustranea la procedura tenuta avanti i primi giudici; in conseguenza, riformando, assolve gli appellanti dalla condanna di *spese* contro di essi pronunciata nella sentenza da cui si è appellato, ec.

» §. 43. Qualunque testamento olografo, » prima che abbia esecuzione, sarà presen- » tato al giudice di circondario in cui si è » aperta la successione. Questo testamento sa- » rà aperto, se è sigillato. Il giudice sten- » derà processo verbale della presentazione, » dell' apertura e dello stato del testamento, » di cui ordinerà il deposito presso un no- » tajo da lui destinato.

» Se il testamento è in forma mistica, la » sua presentazione, l' apertura, la descri-

» zione e 'l deposito si faranno nella stessa
» maniera: ma l'apertura non potrà farsi se
» non in presenza, o almeno dopo la chia-
» mata di quei notaj e testimonj che segna-
» rono l'atto di soprascrizione, e che si tro-
» veranno nel luogo. *Art.* 933. *Leg. civ.*

È necessario chiamare i successori *ab intestato* per assitere allorchè si procede alla presentazione, ed alla descrizione del testamento di cui fa parola questo articolo?

Gli autori delle pandette francesi rispondono che » molti pretendono esser ciò di assoluta necessità, ed appoggiano il sentimento sopra valevolissime ragioni. Nondimeno siccome la legge non lo richiede, così bisogna decidere che la mancanza non produce nullità; del resto prudentissima cosa è di eseguirla.

» Appena morto il testatore, diventando il testamento un atto che interessa il pubblico, e secondo la espressione della legge *publice expedit suprema hominum judicia exitum habere* ognuno può sollecitarne la presentazione, la descrizione, e l'apertura. *L.* 1. *D. testam. quemad. aper.*

» Ciò ha luogo anche quando il testamento fosse nullo o imperfetto, ovvero quando fosse divenuto inutile; giacchè tali questioni non possono decidersi se non dopo eseguita questa formalità; e se vi sono più testamenti, bisogna osservarle riguardo a tutti quelli che si trovano.

» Ciò non pertanto può il giudice accordare un termine a misura delle circostanze. *L.* 2. §. 7. *D. testam, quemad. aper.*

» Quegli cui vien confidato un testamento non può leggerlo in presenza di più persone, e tanto meno può aprirlo se mai sia chiuso; poicchè non solo si esporrebbe al risarcimento de' danni civili, ma anche ad un azione criminale secondo le circostanze *L.* 1. §. 38. *D. depositi.*

» Il codice civile regola le formalità, che debbonsi praticare dal giudice cui si presenta il testamento.

» Se questo è olografo ed aperto, il giudice dee semplicemente stendere processo verbale del suo stato, e della presentazione. Se fu rinvenuto presso al testatore, e rimesso ad un notaro, non vi è più deposito da ordinarsi; ma resterà in mano del notaro, a cui fu consegnato, procedendosi all'inventario.

» Ci è giunto a notizia però che sopra questo punto erasi suscitata una difficoltà. Il giudice di pace di Meung sur-Loire procedendo all'apertura del sigillo da lui apposto presso un defunto, ed avendo ritrovato un testamento olografo aperto, lo consegnò al notaro, che faceva l'inventario. Il tribunale di prima istanza d'Orleans biasimò una simile operazione, e destinò un altro notaro.

» Ciò non fu ben fatto. Il nostro articolo autorizza il giudice a destinare un'altro notaro, soltanto quando il testamento è chiuso, ed evvi apertura; ma nulla poi decide quando il testamento è aperto: quindi in simile circostanza bisogna seguire gli antichi usi.

» Noi non troviamo ragione alcuna, perchè mai se il testatore aveva depositato il suo testamento chiuso presso un notaro, il giudice potrebbe destinarne un altro; e perchè mai egli potrebbe deludere la confidenza che il defunto ebbe in questo ufiziale? Confidando egli il suo testamento ad un notaro di propria scelta, la sua intenzione certamente fu che questo medesimo notaro lo conservasse dopo la sua morte, e ne rilasciasse le copie necessarie. Tale era la presunzione che serviva di base all'uso introdotto, di far l'apertura de'testamenti innanzi a'notari che n'erano depositarj.

» Non v'ha dubbio, che un tal uso più non sussiste; ma niente autorizza il giudice che fa l'apertura a privare il notaro del deposito, che gli fu fatto; ed è evidente che la legge quì non parla se non del caso in cui il testamento non si trova in mano di un pubblico ufiziale.

» Se il testamento olografo è chiuso, bisogna egualmente descrivere lo stato dell'inviluppo, che lo contiene. Ma bisogna, se mai fu depositato presso qualche amico del testatore, chiamare il depositario? Questo non è necessario, perchè la legge non lo prescrive. D'altronde quasi sempre accade che il depositario del testamento lo parta da se stesso al giudice; che se poi no 'l facesse, potrebbe esser citato tanto dal successore *ab intestato*, quanto da qualunque altra parte interessata; e po-

trebbe anche essere astretto a presentarlo. (*La nuova giurisprudenza colpisce la renitenza del detentore del testamento con l' arresto personale per l'articolo 1634 n. 5. delle leg. civ. Vedi Arresto personale §. 3.*)

» Riguardo al testamento mistico la legge romana esigeva che tutti i testimonj fossero chiamati innanzi al giudice che procedeva all'apertura, e che eglino riconoscessero le loro soscrizioni e i loro sigilli. *L. 4. D. testam. quemad aper.* Secondo le nostre usanze poi siccome l'atto di soscrizione veniva ricevuto da un pubblico ufiziale, ed i sigilli de' testimonj più non erano richiesti, così non si esigeva una tale ricognizione; ma soltanto era necessario di chiamare tutti i testimonj, o almeno la maggior parte di essi.

» Il codice civile uniformandosi al dritto scritto prescrive di chiamar soltanto quei testimonj che si trovano sul luogo ove si fa l'apertura; e quindi non è necessario di citar quelli, che sono fuori di tal luogo. Anzi la legge non richiede assolutamente la presenza di coloro, che si trovano nel sito ove si esegue l' apertura; ma si contenta ella che sieno citati, ed indi si può procedere all' apertura in di loro assenza.

» Se poi il testamento essendosi fatto in un luogo diverso da quello del domicilio del testatore, sia stato depositato presso il notaro che ha ricevuta la soscrizione, allora sarà necessario di citarlo per esibire il testamento. Egli però potrà, senza venire di persona, trasmetterlo nella cancelleria del tribunale ove si fa l' apertura.

» Procedendosi a questo atto di apertura il giudice dee stendere un processo verbale dello stato dell'involto, e della ricognizione, che ne sarà stata fatta dai testimoni, che saranno presenti; e dopo di averlo aperto è necessario ancora descrivere lo stato del testamento che vi si trova rinchiuso.

» Tutte queste formalità si debbono osservare nella udienza? Noi non lo pensiamo, perchè la legge non l' ordina. Esse sono del numero di quelle che il giudice può disimpegnare in sua casa coll' assistenza del cancelliere. *Osservaz. all' art.* 1007 *del cod. civ.*

» §. 44. Nel caso dell' articolo 932 se il
» testamento è olografo o mistico, l' erede
» istituito o il legatario universale sarà tenuto
» di farsi immettere nel possesso con una
» ordinanza del giudice del circondario stesa
» appiè della istanza cui sarà unito l' atto
» del deposito. *Art.* 934. *Leg. civ.*

La domanda d' immissione in possesso per parte del legatario universale sarà considerata come adizione di eredità, e gl' imprimerà irrevocabilmente la qualità di erede?

» Si dirà forse per la negativa, rispondono gli autori delle pandette francesi, che questa immissione in possesso non ha altro effetto che quello di produrre la possessione, la quale ha luogo per sola volontà della legge, quando il testamento è autentico; e che in conseguenza il legatario non ostante una tale immissione, goder dee della dilazione per deliberare, e dee essere ammesso a rinunziare. Ma bisogna appigliarsi all'affermativa, e decidere che la sola dimanda formata dal legatario universale basta per imprimergli il carattere indelebile di erede.

» Non è punto soddisfacente l' argomento proposto per sostenere la negativa. Se il possesso legale non nuoce al dritto di rinunciare, ciò nasce dacchè un tale possesso viene operato dalla volontà della legge, e questa volontà diviene irrevocabile solamente quando è ratificata da quella dell'uomo. Ora nel nostro caso la intenzione del legatario che domanda la immissione in possesso non è dubbiosa: egli vuol essere erede: dunque irrevocabilmente lo diviene.

» Non è poi vera la proposizione, che la immissione non produce altro effetto che il possesso. Questo possesso esiste, ed ha luogo in virtù della disposizione contenuta nel testamento; nè ciò è da mettersi in dubbio; perchè se il legatario universale cui la nuova legge fa erede, muore senz' aver domandata la immissione in possesso, purtuttavia egli trasmetterà la successione al suo erede, e costui potrà formare una simile domanda. La istanza ch' egli adunque presenta è una vera adizione di eredità, un'accettazione; e quindi più non può rinunziare.

» Il parente del testatore chiamato alla successione *ab intestato* impugnando il testa-

mento può impedire la immissione in possesso domandata dal legatario universale, il quale si trova erede istituito?

a È indubitato che per esattezza di regola egli nol può, perchè non è in possesso, e non ha alcun titolo; laddove l'erede istituito ne ha uno legale, per cui gli è dovuta la provvisione. Questo è lo spirito della legge, il quale viene altresì manifestato nelle discussioni ch'ebbero luogo nel consiglio. Difatti egli è un principio che un titolo non perde già la sua forza e la sua virtù, per motivo, che fu impugnato, e dev'esso essere provvisoriamente eseguito.

» Vi sono però delle circostanze, in cui il giudice potrà negare la immissione in possesso; ma queste circostanze debbono essere gravissime come p. e. se la nullità del testamento fosse apparente. Si potrà ancora in certi altri casi assoggettar l'erede testamentario a prestar cauzione, come p. e. nel caso che la successione consistesse o nella totalità, o nella maggior parte in denaro, ovvero in mobili, per cui vi fosse luogo a temerne la perdita. *Osservaz. all'art.* 1008. *del cod. civ.*

» Ancorchè il codice, ci fa inoltre osservare Toullier, non ordina di chiamare a questa immessione in possesso i parenti che succedessero in mancanza dell'erede instituito o del legatario universale, pure essi possono opporvisi; ed allora, secondo le leggi romane, il giudice può accordare il possesso provvisorio a colui il di cui dritto gli sembrerà più chiaro. *L.* 3. *Cod. de edict. divi Adriani lib. VI. tit.* 33.

» Ma per guidare il giudice e prevenire l'arbitrio, le stesse leggi romane fanno una distinzione piena di saggezza e di ragione. Se il testamento sembra al primo aspetto rivestito di tutte le solennità esterne, se l'erede del sangue non gli rimprovera se non vizj intrinseci, come la incapacità del testatore, del legatario o de' testimonj, il giudice deve ordinare la esecuzione provvisoria del testamento, e mettere l'erede instituito in possesso della eredità, senza nuocere nè pregiudicare a' dritti dell'erede legittimo; mentre la immessione in possesso, ordinata dall'articolo 1008 (934) non può mai lor pregiudicare.

» All'incontro, il giudice deve accordare il possesso provvisorio all'erede legittimo, se il testamento presenta apparenti vizj di forma, se l'atto di soprascrizione non avesse il numero di testimonj richiesto dalla legge, se li suggelli non fossero trovati interi, se il testamento comparisse con rasure, rivocato, ec.

» Il buon senso, dice Merlin, *Quistions de droit*, v. Legataire §. 2. indica il motivo di questa distinzione. Quando s'impugna un testamento per vizio intrinseco di forma, la volontà del testatore è incerta, poichè è incerto se si sono osservate le formalità che sole possono autenticare questa volontà agli occhi della legge. Perciò la legge, in vece di ordinare al giudice di accordare il possesso provvisorio all'erede istituito, lo lascia padrone di accordarlo sia all'erede istituito, sia all'erede legittimo, secondo che il vizio di forma è più o meno apparente: è sempre Merlin che parla.

» Ma quando non vi è alcun vizio di forma nel testamento, la volontà del testatore è legalmente certa, la legge non ne dimanda di vantaggio per la esecuzione provvisoria del testamento. Invano si allegano allora incapacità o altri vizj intrinseci: la legge vuole che il giudice se ne attenga provvisoriamente al titolo, aspettando che si esamini se tai vizj sono reali.

» Se gli eredi del sangue si limitassero a dichiarare, secondo l'articolo 1323 (1377) che non riconoscono nè il carattere nè la sottoscrizione del testamento, si dovrebbe loro aggiudicare il possesso provvisorio? Bisogna far distinzione tra il testamento mistico ed il testamento olografo.

» Il testamento mistico rivestito di tutte le formalità richieste, diviene, mediante l'atto di soprascrizione redatto da un notajo sull'involto in presenza de' testimonj e sottoscritto dal testatore, un documento autentico, quando è riconosciuto col processo verbale di apertura che la carta e l'involto che lo racchiudono sono rimasti intatti, del pari che il suggello, e che non vi è stato mezzo di sostituirvi un altro testamento senza frattura; ne risulta che il testamento non è più soggetto alla verifica del carattere, o della sottoscrizione, e che non può essere arguito se

non per iscrizione in falso, come l'ha benissimo giudicato la corte di Bruxelles con un arresto de' 23 marzo 1811 riportato da Sirey tom. XII 2. part. pag. 94.

» Se esiste una querela di falso principale contro il testamento, la esecuzione ne sarebbe, per la produzione dell'accusa, sospesa; ed in caso d'inscrizione in falso incidente, i tribunali possono, secondo la gravità delle circostanze, sospendere provvisoriamente la esecuzione dell'atto: articolo 19 della legge sul notariato.

» In quanto al testamento olografo che per sua natura è un atto sotto firma privata è soggetto alla verifica in giudizio quando il carattere e la sottoscrizione non sono riconosciuti: articoli 1223 1224 (1277 1278), così gli eredi del sangue possono impedire la immissione in possesso, ed arrestare la esecuzione del testamento, dichiarando che non conoscono il carattere ne la sottoscrizione, giacchè il processo verbale dell'apertura e dello stato del testamento, ed il suo deposito presso un notajo, attestano che si è consegnato un atto come testamento olografo, ma non assicurano che l'atto sia scritto, datato e sottoscritto dalla persona alla quale si attribuisce il testamento. La esistenza del testamento essendo incerta fino alla verifica, non si tratta di togliere la provvisione all'atto, ma di sapere se n'esiste uno. La pruova è dunque a carico dell'erede instituito o legatario universale. Appartiene a lui di far verificare il carattere o la sottoscrizione del testatore; in una parola, di provare che il titolo che presenta è vero.

» È però altrimenti, se l'erede instituito si è immesso in possesso in virtù dell'articolo 1008 (934) senza opposizione per parte degli eredi del sangue. In questo caso ha in suo favore e titolo dichiarato esecutorio, e possesso: ha *ipso jure* il possesso legale; non, può perdere questa prerogativa se non per l'annullamento del suo titolo; in una parola, nulla ha da domandare agli eredi del sangue. Se questi vogliono impugnare il suo titolo, sono obbligati di venire per via di azione, ed in conseguenza di provare che la loro domanda è fondata. Su di essi dunque cade il peso della pruova: spetta ad essi di provare che il testamento non è scritto o sottoscritto dal testatore, e di far verificare il carattere e la sottoscrizione. È dunque estremamente importante, ma per gli eredi del sangue, di opporsi prima che l'erede instituito sia messo in possesso; imperciocchè, dopo questa immessione, gli appartiene la provvisione in virtù del suo titolo, come se fosse instituito con un testamento pubblico ed autentico.

» Del resto il possesso deferito all'erede testamentario o al legatario universale instituito sia con un testamento mistico, sia con un testamento olografo, non impedisce agli eredi del sangue di richiedere l'apposizione de' suggelli e l'inventario delle cose, de' titoli e delle carte della eredità. Questa misura conservatoria non porta alcun attentato al possesso stabilito dall'articolo 1006 (932); poichè non ispoglia l'erede testamentario del possesso delle cose inventariate dopo la confezione dell'inventario: essa non tende se non alla conservazione de' dritti eventuali delle parti, ed è necessaria per assicurarsi che non esiste atto rivocatorio, nè testamento posteriore; altrimenti il legatario universale resterebbe padrone di annullare le disposizioni ulteriori, che potrebbero trovarsi nelle carte del testatore. Finalmente questa misura è autorizzata dall'articolo 909 (988. *Leg. di Proced. civ.*), il quale porta che l'apposizione de' suggelli potrà essere richiesta da tutti coloro che pretenderanno di aver dritto alla eredità. *Toullier. Corso di dritto civile vol.* 5. *n.* 498 *a* 503.

» §. 45. Il legatario universale o l'erede
» istituito che concorrerà con un erede cui la
» legge riserva una quota de' beni, sarà tenu-
» to a' debiti, e pesi dell'eredità, personal-
» mente per la sua quota e porzione, ed
» ipotecariamente pel tutto; e sarà tenuto
» a soddisfare tutti i legati: salvo il caso di
» riduzione, siccome è stato dichiarato negli
» articoli 843 e 844. *Art.* 935. *Leg. civ.*

» Si scorge da questa disposizione, dicono gli autori delle pandette francesi, che anche nel caso in cui il legatario universale non ha il titolo di erede, pure egli è *loco heredis* e n'è sottoposto alle obbligazioni. Non è obbligato ai debitori *pro modo emolumenti*, cioè, come un tempo soltanto sino

alla concorrenza del valore de' beni che raccoglie: egli n'è tenuto *ultra vires*: tanto risulta dalle parole *personalmente per la sua quota* e porzione.

» Si dee adoperare tanta circospezione per accettare un legato universale o a titolo universale, quanta se ne richiede per fare un' adizione di eredità; perchè l'effetto è lo stesso. La sola dimanda per rilascio sottomette il legatario al pagamento de' debiti, per quanto grandi essi sieno.

» Il caso preveduto dal presente articolo può occorrere alloraquando la disposizione non eccede la parte disponibile, p. e. se il testatore ha detto: « dono e lego tutto quello di cui la legge mi permette disporre: » In questo caso il parente al cui vantaggio la legge fa una riserba, la prende in qualità di erede; anzi non può esso rinunziare a questa qualità per prendere la riserba a titolo di legittima.

» Questa concorrenza può ancora avvenire, allorchè il parente legittimario ed un estraneo vengono unitamente istituiti eredi o legatarj universali. In questo caso l' estraneo è solamente legatario, e non ha il titolo nè i dritti di erede, i quali rimangono presso il legittimario; e costui può rinunziare per attenersi alla legittima se mai è intaccata.

» Allora egli non sarà tenuto ad alcuna parte de' debiti, i quali dovranno esser pagati dal legatario universale, quando anche eccedessero il valore de' beni, che gli rimarranno dopo la deduzione della legittima, per la ragione ch'egli non è obbligato pei debiti come semplice detentore de' beni, ma *personalmente*.

» Riguardo ai legati particolari, non si mette in dubbio che il legatario universale può far loro sopportare la deduzione della legittima, proporzionatamente a ciascun legato, confondendo la propria porzione in simile deduzione, a cui dev' esso contribuire. Se v'abbia qualche legato di cui il testatore avrà ordinato il pagamento in preferenza, esso sarà sottratto dalla deduzione, la quale verrà praticata sopra gli altri. *Osservaz. all' art.* 1009 *del cod. civ.*

Delvincourt espone all' incontro con altro dettaglio il modo come questo articolo debb' essere inteso. Esempio,

» Un padre che ha un figlio, e de' beni del valore di 60000 franchi istituisce un legato universale e fa 30000 franchi di legati particolari. Se non vi fossero legittimarj, dopo il pagamento de' legati particolari resterebbero 30000. franchi al legatario universale; ma siccome il figlio ha dritto di prendere per la sua riserva la metà de' beni, i legati dovranno per conseguenza esser ridotti alla metà. I legatarj particolari saranno dunque ridotti a 15000. franchi, ed il legatario universale ad egual somma. Se ora supponiamo che nello stesso caso i legati particolari sono di 60000. franchi, è chiaro che quando non vi fossero legittimarj, il legato universale sarebbe ridotto a zero. La esistenza del legittimario è dunque allora, per ciò che concerne il legatario universale, una cosa del tutto indifferente; atteso che siccome egli è incaricato di pagare tutti i legati, non può prendere se non ciò che resta dopo l'intero loro adempimento. Ora qui i legatarj particolari assorbirebbero tutta la successione se non vi fosse erede legittimario. Siccome ve n'ha uno, essi saranno in verità obbligati a soffrire una riduzione per completar la legittima; ma, soddisfatto una volta il legittimario, il rimanente della successione per intero loro appartiene.

» Non si può, egli è vero, dissimulare che questo senso, il quale è il solo che debba darsi all' art. 1009. sembra contrario alla disposizione dell' articolo 926. (843.). In effetti, poichè l'art. 1009. preferisce tutti i legatarj qualunque siano al legatario universale, sembrerebbe che si sarebbe dovuto egualmente obbligar esso solo al pagamento delle legittime, come si faceva nell' antico dritto, ma per l' art. 926. allorchè si tratta della legittima, non si fa veruna distinzione tra legati universali o particolari; e vanno tutti sottoposti alla riduzione, se vi ha luogo, *pro rata*. Io confesso che le disposizioni dell'antico sistema erano più conseguenti. Quelle pertanto del codice possono ancora giustificarsi. Allorchè vi è un legittimario, non vi ha a vero dire legatario universale, ma semplicemente un legatario a titolo universale. È lo stesso che l' erede *sine parte* de' romani, il quale non deve avere che ciò che resta dopo

il pagamento di tutti quelli di cui sono determinate le parti; *partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit*. (§. 6. *Instit. de hered. inst.*) È dunque in questo caso ben semplice che il legatario universale non sia incaricato egli solo delle legittime, e che vi faccia contribuire i suoi collegatarj. Ma quando manca il legittimario, siccome allora evvi realmente legato universale in tutta la estensione del termine, i principj antichi ricevono la intera loro applicazione; e non essendovi più la Falcidia, egli è tenuto di soddisfare in totalità i legati.

» Quindi tutte le volte che i legati particolari o a titolo universale eguagliano o eccedano il valore della successione, il legatario universale nulla ha da reclamare, vi siasiano o no legittimarii.

» Ma se il valore de' legati diversi dal legato universale, eccede quello della successione, come saranno pagati fra essi? Il legatario a titolo universale, quando ve n'è, dovendo contribuire al pagamento de' legati particolari, a' termini dell' articolo 1012. (996.) (e siccome è ciò formalmente espresso ne' *motivi*), io ne conchiudo che i legatarj particolari, allora *decrescent pro rata*, (*Instit. ad leg. falcid.*) In questo ultimo caso se vi è un legittimario, egli prenderà la sua riserva calcolata sulla massa, ed abbandonerà il resto ai legatarj i quali se lo divideranno *pro rata* dell' ammontare de' loro rispettivi legati. Ma i legatarj di corpi certi non debbono forse essere preferiti ai legatarj di quantità? Mi sembra che contribuendo tutti i legati quali che siano al pagamento della legittima, se ne deve dedurre la conseguenza che la legge non ne riguarda alcuno più favorevolmente dell' altro. Soltanto i legatarj di corpi certi potranno reclamare gli oggetti loro legati, col peso di pagare una somma eguale a quella di cui deve il loro legato proporzionatamente decrescere; non vi sarebbe dunque eccezione che riguardo ai legati di cui il testatore avesse ordinato il pagamento in preferenza di tutti gli altri. Non è nemmen necessario ch' egli abbia manifestato espressamente le sue intenzioni a questo riguardo. La sua volontà può esser presunta dietro le circostanze; come, s' egli dichiarò che tale legato era fatto a titolo di restituzione; giacchè essendo i creditori a norma della legge preferiti ai legatarj, sol perchè pose il legatario nel numero de' creditori, egli manifestò il desiderio che quel legato fosse in preferenza degli altri adempito. *Delvincourt. Corso di codice civile vol. 5. nota 272. al tit. 4.*

Questione. Tra i debiti ereditarj ai quali per l' articolo in esame è tenuto il legatario universale, o l' erede istituito, può rinvenirsi un debito convenuto coll' arresto personale, cui il defunto siasi assoggettato: tale obbligazione si ha per estinta col defunto, o passa all' erede?

Riproduciamo la medesima questione brevemente discussa nell' analisi dell' articolo 1933. (*Vedi Arresto personale* §. 2.) Le teorie generali di essere l' erede personalmente tenuto ai debiti, e pesi ereditarj diedero luogo al sentimento affermativo su l' arresto personale che si trasmette all' erede. Il medesimo sentimento parve poi più analogamente ritenuto nell' analisi dell' articolo 797. (*Vedi Divisione* §. 30.) in cui è chiaramente consagrato il principio che » i titoli esecutivi contra il defunto sono parimenti esecutivi contra la persona dell' erede. »

In percorrere intanto il 6.° Volume del codice civile annotato da Sirey, e tradotto, ed annotato dal diligentissimo signor Lancellotti cadde lo sguardo su la massima riportata nell' articolo 2062. Ivi è detto. *Il patto con cui il conduttore siasi sottoporto all' arresto personale non può estendersi al suo erede; ancorchè costui dopo la morte del suo autore abbia con scrittura sinallagmatica ratificata in generale i patti, e le condizioni apposte nell' istrumento di locazione (Corte di appello degli Abruzzi 14. novembre 1817.)*

Questa massima dettata da una delle più sagge corti di appello del regno era in diretta opposizione di un sentimento, che parve giustamente stabilito su le generali teorie. Quindi nell' impegno di essere ammaestrato da quella serie di ragioni quanto più ponderate tanto più autorevoli su cui la massima era poggiata, mi feci più d' appresso ad es-

servarle. Ecco il fatto discusso, e le considerazioni ritenute.

Fatto. Con pubblico atto de' 13 aprile 1812 D. Luisa Carinari duchessa di Civitella locò varj beni rustici, e gran numero di animali pecorini per un dato estaglio. Nello strumento fra gli altri patti fuvi quello dell' arresto personale, cui il fittajuolo si sottopose in caso d' inadempimento. Morto il conduttore, il di lui erede D. Domenico Cervi, non potendo pagar gli attrassi dell' estaglio, fece altra convenzione contenuta in una scrittura sinallagmatica in data de' 22 gennajo 1815, colla quale si accordò dalla proprietaria dilazione al pagamento, e si aumentò pertanto l' annuo estaglio. Niuna menzione però si fece del patto dell' arresto personale, ed i contraenti si contentarono di esprimersi ne' seguenti termini » *Che la presente convenzione non debba portare alcuna alterazione a tutti gli altri patti stabiliti nell' istrumento del 13 aprile 1812, dovendo restare essi nel loro pieno vigore in tutto il corso della locazione.* Fattosi altro attrasso di mercede, la locatrice pretese astringere il signor Cervi anche coll' arresto personale.

» La gran corte civile. ec. ec.

» Considerando, che la scrittura sinallagmatica del dì 22 gennajo 1815 ripassata tra il proprietario, e l' erede del fittajuolo ebbe per unico oggetto una maggior dilazione al pagamento dei fitti, in compenso della quale si convenne un aumento de' medesimi, ed una maggior sicurezza della lor corrisponsione, senza farsi alcun motto di arresto personale così nell' enunciativa, come nella dispositiva dell' atto: e che quindi manca all' intutto nella scrittura anzidetta non pur quella espressa stipulazione richiesta dall' articolo 2062 del codice civile, ma finanche quella formalità essenziale di ogni stipulazione, che consiste nella specificazione di ciò che ne forma il soggetto; e quindi ben a ragione i primi giudici in una materia, che più di ogni altra interessa l' ordine pubblico, e la libertà individuale, conformandosi al senso letterale della legge, han rigettata la domanda dell' appellante.

» Considerando, che in vano si cerca di rinvenire una conferma, o una rattifica fatta dall' erede del patto con cui il suo autore si sottopose all' arresto personale nelle parole seguenti, espresse nella mentovata scrittura » *Che la presente convenzione non* ec. ec. imperciocchè la dichiarazione di non apportarsi veruna alterazione ai patti stabiliti nell' istrumento di affitto, e di dover sempre i medesimi restare nel loro pieno vigore, può riguardare quei patti, e quegli obblighi, che per legge eran passati all' erede, e che sussistevano nell' atto della convenzione; ma non può mai riferirsi al patto dell' arresto personale dopo la morte del conduttore, risoluto ed estinto colla sua persona; mentre ciò che più non esiste, non è soggetto ad essere alterato, e molto meno può rimanere in vigore ciò che non vige.

» Considerando, che in quel tale istrumento il conduttore si sottopose all' arresto personale non men pel pagamento de' fitti de' beni rustici, che per quello de' fitti di animali pecorini, che al numero di 2141 gli furono col medesimo atto locati. Or siccome la libertà di un cittadino preferibile alla fortuna di un altro, è cosa d' inestimabile prezzo, così gli articoli 2060, 2061, 2062, e 2063 del codice civile vietano di potersi alienare se non in taluni casi tassativamente, all' infuori di ogni altro, e tra quelli ne' quali si autorizza la coazione personale, non si legge il caso del pagamento de' fitti degli animali; ed in conseguenza ogni rattifica, o conferma di un atto vietato dalla legge, è nullo di pieno dritto, al pari dell' atto medesimo.

» Che in quanto poi all' arresto personale stipulato pel pagamento de' fitti de' beni rustici, siccome tal patto rimase risoluto ed estinto colla morte del conduttore, così per potersi dall' erede confermare o rattificare, vi sarebbe stato bisogno di esprimersi la sostanza dell' obbligazione, il motivo della nullità, e della risoluzione del patto, e la volontà dell' erede di conformarvisi; maggiormente perchè l' atto di rattifica anche di un obbligazione che non sia di pieno dritto rescissa, ed annullata, ma contro la quale la legge ammette soltanto l' azione di nullità, o di rescissione, non è valido, se non quando vi si trovi espressa la sostanza dell' obbligazione, il motivo dell' azione di nullità, o di rescisione, e la volontà di correggere il vizio,

su cui tale azione è fondata: articolo 1338 del codice civile.

» Inteso il pub. minist. - Rigetta.

Dall'insieme dei fatti consegnati in questa decisione risulta una nuova convenzione, che fa l'erede del defunto conduttore, cui la proprietaria accorda *dilazione* al pagamento, e ne *aumenta l'estaglio*: circostanze per le quali restò talmente cambiata la qualità del contratto stipulato dal defunto, che il di costui erede vedesi astretto al pagamento del suo debito non in forza del contratto precedente, ma in virtù della sua particolare convenzione. Nè i patti apposti nell'istrumento del defunto, e ritenuti in termini generali nella convenzione dell'erede erano a riferirsi precisamente a quello dell'arresto personale. La corte giudicatrice osservò nella sua savièzza che *questo patto rimase risoluto, ed estinto colla morte del conduttore; e che per potersi dall'erede confermare o ratificare vi sarebbe stato bisogno di esprimersi la sostanza della obbligazione, il motivo della nullità, e della risoluzione del patto, e la volontà dell'erede in conformarvisi.*

La non analoga applicazione di questa giurisprudenza al nostro caso avrebbe dunque potato ritenerci fermi nell'esposto parere senza rianimare una discussione ulteriore; nondimeno per più accuratamente esaminare i principj assunti, siamo nel dovere di ritornare alla precendente questione. E per dare un ordine alle nostre idee è di necessità premettere gli ammaestramenti di quei giureconsulti, che colle loro dottrine hanno più dettagliatamente esposte le diverse azioni, che attaccando la persona, ed i beni del defunto si trasmettono al di costui erede.

Principalmente fa riflettere Toullier che » la persona degli eredi, e di coloro che tengono il loro luogo essendo obbligata ai debiti, e pesi della successione, ne segue che sono tenuti indefinitivamente anche quando i beni del defunto non fossero sufficienti a pagarli *L. 8. D. acquir. vel omit. hered.*; essi sono tenuti come il defunto stesso. Se possono esercitare le sue azioni, si possono intentare contro di essi *tutte le azioni* che potrebbero intentarsi contro di lui. È questo ciò che significa la massima triviale, che l'erede rappresenta la persona del defunto.

» Tali sono l'origine, e 'l fondamento dell'azione personale che i creditori possono esercitare contra l'erede, o contra colui che tiene luogo di erede. *Toullier. Corso di dritto civile Tomo 4. n. 512.*

In secondo luogo insegna Pothier che » i creditori della successione hanno un'azione personale contra ciascuno degli eredi per la parte di cui sono eredi, e contra ciascuno dei successori universali per la parte che ciascuno di essi ha nei beni della successione. *Pothier. Trat. delle successioni. Vol. 2. cap. 5. art. 4.*

D'altronde Delvincourt più precisamente su l'articolo 797 osserva che » i titoli non divengono esecutivi contro l'erede se non per ciò che riguardi i beni. Se essi portassero l'arresto personale contra il defunto, questo non si potrebbe eseguire contra l'erede. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo 4. nota 339. al tit. 3.*

Di queste diverse dottrine le massime generali, che riguardano le azioni personali trasmessibili dal defunto all'erede, basterebbero a convalidare le ragioni per le quali la questione riprodotta risulterebbe più facilmente discussa. Quell'obbligo attaccato per convenzione alla persona, e che per successione accettata passa ai suoi eredi è nella specie. Tuttavolta l'ultima dottrina di Delvincourt, quantunque priva di un motivo che giustifichi la parte esecutiva attribuita piuttosto ai soli beni ereditarj, che alla persona dell'erede, determinerebbe chiunque a rispettarla; tanta è la venerazione dovuta a così profondo giureconsulto. Ma lungi di mettere tutte queste dottrine in rapporto fra loro, per indi trarle al caso in esame, ci rivolgiamo alle nostre leggi civili dalle quali la quistione si è attinta. Senza occuparci di altre ricerche vediamo solo che la ragion di sostenerla si accresce, sia nel esaminare isolatamente l'articolo 797, sia nel avvicinarlo all'articolo 1889. Fermiamoci al primo esame.

Coll'articolo 797 si dispone che » *i titoli* esecutivi contra il defunto sono parimenti esecutivi contra la persona dell'erede. » La precisione con cui è redatto questo articolo esclude, come vedremo, ogni dubbio. Definisce il valore delle convenzioni estese sino in colui, che

rappresenta la persona del contraente defunto. Ma portando l' analisi in tutte le sue parti, è mestieri conoscere dapprima i requisiti che fanno investire l'erede delle qualità personali del defunto, onde i titoli contro di costui possono dirsi in lui giustamente trasmessi.

L'erede che accetta una eredità manifesta il volere di esser tale. Per mezzo adunque dell'accettazione egli prende questo carattere, ed il momento dell'aperta successione il fa considerare nel possesso di quei dritti che la successione medesima gli trasmette. È perciò che in virtù di questo trasferimento egli assume in suo carico tutte le obbligazioni di colui al quale succede. Tale accettazione però non è arbitraria. Essendo il risultamento di un diligente, e maturo esame su l'utile e 'l danno, cui l' accettante và incontro, importa che questi nella particolare conoscenza dell' intero asse ereditario vede benanche la natura di quei titoli esecutivi dai quali il defunto rimaneva gravato coll' arresto personale; ed a cui egli viene a rendersi soggetto. In questo stato di cose forse l'erede messo nel possesso dei beni ereditarj, anche vien messo nella facoltà di scindere un' accettazione formale, d' onde un contratto stipulato coll' arresto personale decada da questa clausola, che costituisce la più valida garantia del creditore? Quando non gli vien concesso dalla legge così ampio potere, la conoscenza ch'egli prende dei titoli indicati e l' accettazione che ne fa, il mettono nella inevitabile posizione o di estinguerli in preferenza di qualunque altra obbligazione, o di rinunciare alla eredità. Ma s' incontrano diverse obbiezioni.

1. *Obbiezione*. Ogni parte penale si estingue colla morte di colui che vi era soggetto. Il principio è vero in tesi generale pei reati: *crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest. L. 26. D. de poenis*; ma non è a dedursi che sia anche applicabile alle convenzioni particolari del defunto, quando queste accettate dall'erede fanno verificare nella di costui persona la clausola penale che vi è stata apposta. Intelligenza diversa staccarebbe dalle azioni personali l' arresto convenuto, come lascerebbe inefficace l'arresto disposto dalla legge coll' articolo 1934 delle leggi civili, se fia che il defunto trovandosi depositario necessario o volontario, il di costui erede si negasse alla restituzione del deposito. Ma l'arresto sia convenuto, sia disposto dalla legge non è a confondersi con quello, ch'è la conseguenza del reato, e che resta esclusivamente attaccato alla sola persona del delinquente. L' arresto in esame offre la semplice idea di una punizione civilmente dovuta, o per effetto di un patto, o per effetto di una espressa contravvenzione alle leggi civili. A buon conto è un' azione da sperimentarsi all' intutto in linea civile; e come tale resta di necessità compreso fra le azioni personali; costituisce perciò un impegno personale come qualunque altro impegno annesso ad una eredità accettata; conseguentemente si trasmette all' erede.

2. *Obbiezione*. Dopo accettata l' eredità, la sventura dell' erede potrebbe rendersi tanto grave quanto sia a renderlo inabile alla estinzione dei titoli esecutivi contro il defunto; in questa ipotesi i riguardi che l'equità c' ispira verso un infelice saranno calpestati sol perchè vuol sostenersi un' accettata convenzione? La risposta vien data dalla legge. Il medesimo articolo 797 che per regola generale dispone, *i titoli esecutivi contro il defunto sono parimenti esecutivi contro la persona dell' erede*, soggiunge con molta avvedutezza e precizione: *non potranno i creditori procedere alla esecuzione se non otto giorni dopo aver fatta la intimazione di questi titoli alla persona o al domicilio dell' erede.* Ciascun vede, che queste particolari disposizioni sono così chiare, e determinate, che bastano a fissare la più valida garantia dell' erede. Egli indipendentemente dal dimostrare, che indoverosamente è astretto alla estinzione in tutto o in parte de' titoli indicati, vien anche messo nello stato di addurre le ragioni per le quali possa giustificare il suo inadempimento. Quando, per una circostanza imperiosa che lo scusa, diviene inesatto nel suo impegno, questo motivo gli fa rinvenire in suo soccorso tutto il favore dell' equità; mentre la legge non contiene su di ciò una sanzione espressa che giunga a risolverne il dubbio. Sotto questo rapporto adunque quei titoli esecutivi decadono dai pro-

pri effetti, risolvendosi per estinti col defunto nella parte relativa all'arresto personale; e per conseguenza si hanno in questa parte come non avvenuti.

3. *Obbiezione.* È insegnamento di Cajo, che la benigna interpetrazione di legge dee aver luogo nelle cose dubbie *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*: *L.* 56. *D. de regulis juris.* Questa regola sarà oziosa per l'articolo 797, ove si parla in generale dei titoli esecutivi che si trasmettono agli eredi? L'obbiezione pare tanto solida quanto è sommamente efficace a risolvere un caso non espresso dalla legge. Ma fia mestieri il conoscere in qual momento di esame questa massima dee applicarsi. Non è forse quando il creditore del defunto, facendo uso de' suoi dritti per la esecuzione dei titoli che rappresenta, si rivolge contro l'erede? Or bene: la intimazione che di necessità dee farsi a questo erede dei titoli indicati, otto giorni prima della esecuzione, nei termini del riferito articolo 797 (come si è osservato colla risposta alla precedente obiezione) porge motivo all' esame del ritardato adempimento. Si vedrà in allora se l'arresto personale dee aver luogo o pur no. Quando l'erede nel possesso dei beni del defunto si conosce effettivamente inabile nel momento ne suoi impegni, il dubbio dell'articolo 797 si risolve a suo favore. Egli non resta colpito dall' arresto personale già convenuto col defunto, e da lui colla eredità accettata. Ma se d'altronde questo erede raccogliendo i frutti ereditarj si mostra renitente nella soddisfazione dei titoli che minacciano la sua persona, ed ardimentoso ne suoi ragiri elude le speranze del suo creditore, qual più deciso difensore del contrario parere rimarrà tranquillo alle voci del creditore ingannato, che mira li suoi titoli inoperosi sol perchè trionfar dee una benigna interpretazione di legge? Quindi emerge, che l'arresto personale convenuto dal defunto dee sperimentarsi contro l'erede, menocchè quando la condizione di costui sia evidentemente tale da interessare la giustizia a sospenderne gli effetti.

Dopo esaminato isolatamente l'articolo 797 passiamo ad avvicinarlo all'art. 1889; e per progredire con più fondamento in tale confronto premettiamone le parole. Esso dice:

» Le obbligazioni dei fidejussori passano ai loro eredi, ad eccezione di quella relativa all' arresto personale, se mai il fidejussore vi si fosse sottoposto. »

Queste disposizioni contengono due parti: regola, ed eccezione. Colla regola il legislatore ha voluto ripetere la massima generale delle obbligazioni trasferibili dal defunto all' erede, allorchè ha detto: *le obbligazioni dei fidejussori passano ai loro eredi*; vale a dire ha voluto generalizzare anche pel fidejussori il principio dell' articolo 797 che *i titoli esecutivi contro il defunto sono parimenti esecutivi contro l' erede.* Colla eccezione ha voluto poi il legislatore espressamente escludere l'arresto personale per gli eredi dei fidejussori, quando costoro vi si fossero assoggettati. Una tale partizione era necessaria; dacchè la regola comune ad ogni erede cadeva non giustamente ad applicarsi in tutte le sue parti all'erede del fidejussore. Questi se vedesi obbligato per una terza persona, la sua obbligazione si riguarda come un'accessione della obbligazione principale, da non risentire però gli effetti di una condizione svantaggiosa. *Hic qui accessionis loco promittunt, in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt. L.* 35. *D. de fidejussoribus.* D' altronde colla mancanza del fidejussore sono sempre salvi gl' interessi del creditore, restando costui anche garantito dalla persona del debitor principale, quando per l' articolo 1892. delle stesse leggi civili non volesse chiedere altro fidejussore.

Ma indipendentemente da tutto ciò, *i titoli esecutivi*, dei quali fa parola il riferito articolo 797, sono indistintamente indicati. Essi comprendono gli atti autentici, redatti non meno colla clausola dell' arresto personale, che senza questa clausola. Altra intelligenza non ci somministra la legge, onde queste condizioni, siano a considerarsi distinte tra loro: e la ragione si manifesta da se stessa. Ora il canone di questo articolo 797 è stato ripetuto nell' art. 1889, in termini però relativi ad ogni altra obbligazione menocchè all'arresto personale. Imperciocchè la prima parte dell'articolo 1889 è conforme all'articolo 797. *Le obbligazioni dei fidejussori passano ai loro eredi*: massima che abbraccia ogni sorte di obbligazione, e che la-

sciata isolatamente, incontrerebbe li medesimi effetti della massima generale: ma adattata quindi ad una classe di persone si è divisa dalla generalità per mezzo di una eccezione. Ed in questo modo le disposizioni dell' articolo 797, somministrando la sanzione all'articolo, 1889 ne ha escluso l' arresto personale già compreso tra i titoli esecutivi indistintamente espressi. È questo un chiaro argomento che esclude ogni altro in contrario. In effetti quale è la ragione per cui l' articolo 1889, dopo di aver accolta nella prima parte la massima generale dell' articolo 797, contiene nella seconda parte l' eccezione dell'arresto personale, se questa clausola penale non fosse stata compresa nel detto articolo 797 sotto il nome generale dei titoli esecutivi? Bastava estenderne la sanzione senza eccezione alcuna a qualunque siano eredi, e non improntarla colla eccezione nell' articolo 1889. Tostocchè dunque si è voluto essa ripetere in questo articolo, ed accompagnarla con una eccezione relativa all' arresto personale, è ben evidente che questo arresto personale, resta precisamente compreso nel nome generale dei *titoli esecutivi* de' quali fa parola l' articolo 797. L' avvicinamanto adunque di questi due articoli toglie ogn' incertezza alla risoluzione del nostro caso, e conferma l'affermativa della questione; imperciocchè dimostra, che la massima generale di *ogni titolo* eseguibile contro *ogni erede* incontra la sua eccezione nell' articolo 1889 per l' arresto personale negli eredi dei fidejussori.

Finalmente analizziamo la questione secondo i principj della legislazione romana. Un responso di Paolo è semplice, e preciso. Si decide, che la pena convenuta col defunto si trasmette al suo erede.

» Lucius Titius accepta pecunia ad materias (*puta vasa, vel verius dic tigna*) vendendas sub poena certa, ita ut si non integras prestiterit intra statuta tempora poena conveniatur: partim datis materiis decessit. Cum igitur testator in poenam commiserit, neque ejus heres reliquam materiam exhibuerit, an in poenam, et in usuras conveniri possit? Ex contractu de quo quaeritur etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse: in actione quoque ex empto, officio judicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere. *L.* 48. *D. de action. empti, et venditi.*

» *Casus.* Lucius vendidit mihi decem tigna in genere certae longitudinis, et grossitudinis pro decem quae ei dedi nunc, et ipse promisit daturum hinc ad mensem sub poena. Postea intra diem dedit quinque, et decessit: an heres teneatur ad poenam; maxime quia non obtulit alia quinque? et respondeo quod sic. Secundo quaeritur, an heres teneatur ad usuras pretii quod nunc emptor repetit actione ex empto? et responde quod sic post moram officio judicis. »

Ma si osserva in contrario che il nome *di pena* di cui fa parola questa legge non comprende l' arresto personale. È vero. Non può negarsi però che contiene un patto condizionale, che nel caso d' inadempimento dà luogo ad una punizione in persona del contravventore: *Poena est noxae vendicta L.* 131. *D. de verb. signif.* punizione dovuta in riparazion del danno che risente colui cui si è promessa questa specie di riparazione. Or una condizione penale si estingue forse colla vita di quegli che l' appose in un contratto, mentre il contratto stesso si riconosce valido in tutte le sue parti, passa per intero al suo erede, e questi il fa suo coll' accettazione?

Riuniamo le idee. È massima costantemente ritenuta dai giureconsulti, che le azioni personali sono trasmissibili dal defunto all' erede. Ora tra queste azioni non vi è precetto legislativo, che faccia escludere l' arresto personale, sia con dare una interpetrazione dichiarativa all' articolo 797, sia con avvicinare questo articolo all' articolo 1889, sia in somma con risolvere il dubbio a favore dell' erede. Gli argomenti esposti sembrano adunque valevoli a confermarci nel sentimento, che l'arresto personale convenuto dal defunto si sperimenta contro l' erede, eccettuati due casi; l' uno per l' erede del fidejussore, l'altro per le ragioni di equità che ne impediscono gli effetti in persona dell' erede reso inabile in corrispondere al suo impegno.

Sono queste le osservazioni, che abbiam creduto essere nel dovere di esporre, dietro la massima riportata nell'articolo 2062 del co-

dice francese. Nondimeno quella giusta moderazione, che ha sempre regolati i nostri giudizj, e d'onde abbiamo appreso di preferire alle nostre le altrui sagge dottrine, ci lascia nel desiderio di apprendere quegli argomenti, che i defensori dell'opposto parere, applicando il riferito articolo 797 al nostro caso, potrebbero somministrare. Una ragione che sia ad escogitarsi, perchè gli artificj più sottili della cupidigia di maligno erede non vengano garantiti allontanandolo dall'arresto personale; questa ragione riscuoterà tanto rispetto quanto basta a consagrare una teoria su di una ipotesi non preveduta dalla legge.

Pei legati a titolo universale, e particolari vedi *Legato*.

Della rivocazione de' testamenti, e della loro caducità.

» §. 46. **I testamenti non possono rivocarsi » nè in tutto nè in parte, se non con un te- » stamento posteriore o con atto innanzi a » notajo nel quale sia dichiarata la mutazione » della volontà.** *Art.* 990. *Leg. civ.*

La massima è dettata da Giustiniano.

» Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum quod postea testator id noluerit valere; usque adeo, ut si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit, et aut morte praeventus, aut quia eum ejus rei poenituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae, et perfectae fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est. *Instit.* §. 7. *lib.* 2. *tit.* 17. *Quibus mod. test. infir.*

È uniforme ancora il responso di Pomponio,

» Si jure testamento facto fideicommissum tibi reliquero: deinde aliud postea fecero non jure, in quo fideicommissum tibi relinquam, vel aliud quod priore testamento, vel omnino non sit relictum; videndum est an mens mea haec fuerit facientis postea testamentum ut nolim ratum tibi sit priore testamento relictum; quia fideicommissa voluntate nuda infirmantur. Sed vix id obtinere potest: fortassis imo quod ita demum a priore testamento recedi velim (*nota ita demum a priori testamento recedi si posterius valeat.*) si posterius valiturum sit: et nunc ex posteriore testamento fideicommissum ei non debetur, etiam si iidem heredes utroque testamento instituti ex priore extiterint *L.* 18. *D. de legatis et fideicom.* 3.

Casus. Feci testamentum solenne; et in eo Titio reliqui centum: postea feci aliud testamentum non solenne, in quo reliqui eidem Titio unum equum, vel etiam nihil reliqui ei in secundo; nunquid per secundum testamentum annihilatur illud quod Titio reliqui in primo, idest centum? et videtur quod sic; quia nuda voluntate etiam verba fideicommissi infirmantur. Sed certe hoc non est verum in hoc casu; quia verisimile est ita demum me velle recedere a primo testamento si secundum valeat, et non alias; et quia fideicommissum equi relictum a me Titio in secundo testamento non solenni, non debetur ei Titio, etiam si idem heredes instituti a me in primo, et secundo testamento extiterint mihi heredes ex priore testamento: si ergo non potest aliquo modo Titius habere legatum sibi a me relictum in secundo testamento, quomodo auferri debet illud, quod, ei in primo reliqui? certe nullo modo. *Vivianus.*

La medesima dottrina vien professata da Ulpiano nelle leggi seguenti.

» Si binae tabulae proferantur diversis temporibus factae, unae prius aliae postea, utraeque tamen septem testium signis signatae; et apertae posteriores vacuae inventae sint, id est nihil scriptum habentes omnino, superius testamentum non est ruptum, quia sequens nullum est. *L.* 11. *D. de injusto, rup. et irrito fact. test.*

Casus. Titius fecit testamentum in scriptis, et fecit illud signari signis septem testium; et instituit in eo sibi heredem Sejum: postea stetit per annum, et accepit quandam chartam non scriptam, et fecit eam signare consanguineis suis, quod aliud testamentum faceret in scriptis ad earum utilitatem, et in ea tunc charta nihil omnino scripsit. Certe hae secundae tabulae non rumpunt primas; quia secundae sunt nullae et nihil valent. *Vivianus.*

» Tunc autem prius testamentum rumpitur,

cum posterius rite perfectum est: nisi forte posterius, vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest: tunc enim, et posteriore non perfecto superius rumpitur *L. 2. D. de injusto, rupto, et irrito facto testam.*

Osservano gli autori delle pandette francesi che il testatore ha oggi due vie per rivocare il suo testamento: 1.° quella di farne un altro in qualsivoglia forma, purchè sia ammessa dalla legge; quindi un testamento pubblico, e mistico sarà validamente rivocato da un testamento olografo, e *viceversa*: 2. quella di fare innanzi ad un notaro la dichiarazione del proprio cangiamento di volontà.

» Segue da ciò che la rivocazione di un primo testamento fatta con un altro ricevuto da notaro, ed il quale sarà nullo a motivo dalla inosservanza di qualche formalità, deve tuttavia produrre il suo effetto in quanto alla rivocazione del primo; e la ragione è che una tale rivocazione si trova enunciata in un atto innanzi notaro: questo atto è nullo come testamento, ma non sarà nullo come atto di notaro; e la rivocazione fatta innanzi ad un notaro non è che un testamento senza formalità. Il testamento pubblico imperfetto non può valere come testamento, ma riguardo alla rivocazione esso contiene ciò che la legge richiede.

» Sarà lo stesso riguardo alla rivocazione scritta in un testamento olografo il quale si trovasse invalido, per es. per mancanza di data, o perchè non sarà intersamente scritto di mano del testatore?

» Bisogna rispondere di no, perchè la rivocazione allora non sarebbe contenuta in un atto innanzi notaro. Essa si troverebbe nè in un testamento, nè in un atto di notaro; non avrebbe ninna delle condizioni imposte dalla legge, e sarebbe nulla sotto qualunque aspetto; quindi non potrebbe in alcuna maniera invalidare il primo testamento. Altrettanto convien dire di una rivocazione che si trovasse scritta in un testamento mistico nullo a causa della inosservanza di qualche forma prescritta per l'atto di soprascrizione; e difatti il testamento mistico è un atto di soscrizione privata. *Osservazione all' art.* 1035. *del cod. civ.*

» La prima quistione che si presenta, dice Toullier, è di sapere, in quale forma deve farsi la rivocazione espressa. Se si seguisse la semplice ragione, si direbbe che i testamenti traendo la loro forza dalla volontà del testatore, la rivocazione deve operarsi ogniqualvolta il cambiamento di volontà è provato di una maniera non equivoca con uno de'generi di pruova ammessi in giudizio.

» Intanto il dritto romano faceva distinzione tra le istituzioni di erede ed i legati e fedecommessi. Le istituzioni di erede non potevano esser rivocate colla semplice volontà del testatore, anche autenticamente provata, *nuda voluntate*; esse non potevano esserlo se non con un altro testamento solenne, §. 7. *Instit. Quibus modis testamenta infirmentur.*

» La vera ragione di questa disposizione, come ha benissimo osservato Ricard, è che i testamenti erano in Roma considerati come leggi particolari che derogavano alla legge delle successioni *ab intestato*, la quale non aveva forza se non in mancanza di testamento; talmente che il testatore avendo una volta stabilita la legge che doveva regolare l'ordine della sua successione, questa legge non poteva esser rivocata se non con un altra legge solenne: *lex lege tollitur.* Si applicava dunque a' testamenti la regola generale, che per rivocarli, bisognava impiegare le stesse formalità che loro avean dato l'esistenza. *Omnia quae jure pereunt. L.* 100 *D. de reg. jur.*

» Riguardo a' legati e fedecommessi, si seguiva egualmente la regola, che per rivocarli bisognano le stesse formalità che loro avevano dato l'esistenza. *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est, L. 35. D. de reg. jur.*

» Ma come potevano farsi senza alcuna sorte di solennità, *in epistola vel libello, imo etiam nutu L. 22. Cod. de fideicommissis*, e che potevano rivocarsi senza distruggere la legge del testamento, la semplice volontà del testatore bastava per rivocarli, in qualunque maniera fosse stata manifestata, sia per iscritto, sia con parole, sia con fatti o anche con congetture, ed il cambiamento di volontà poteva esser provato coi testimonj.

» E come in Francia, ne' paesi di dritto

scritto non si potevano far legati o fedecommessi se non giusta le forme richieste dall' ordinanza del 1735, si conchiudeva, secondo la regola *nihil tam naturale etc.* che non si potevano rivocare se non coll'impiego delle stesse forme che loro avevan dato l'essere, cioè, con una dichiarazione fatta innanzi a cinque testimonj, compresovi il notajo.

» Ne' paesi di consuetudine, al contrario, dove i testamenti, lungi d'essere considerati come leggi, in nulla differivano da' codicilli, e dove d' altronde le regole del dritto romano non avevano forza di legge e non erano seguite se non come ragion scritta, la rivocazione de' testamenti non era soggetta ad alcuna forma.

» La semplice volontà del testatore consegnata in un atto anche privato, sia scritto, sia semplicemente sottoscritto dal testatore, bastava per operare la rivocazione che non si poteva ciò non ostante provare con testimonj; sarebbe troppo pericoloso di far dipendere dalla loro testimonianza le ultime volontà di un testatore. Questa giurisprudenza sembra tutto conforme alla ragione.

» Intanto la commissione incaricata della redazione del progetto del codice propose di ristabilire e di applicare a tutte le donazioni testamentarie indistintamente la regola, che non possono essere rivocate se non impiegando le forme necessarie per dar loro l'esistenza. Il proposto articolo portava: » Le donazioni testamentarie non possono rivocarsi in tutto o in parte, se non con una dichiarazione del cambiamento di volontà, fatta in una delle forme nelle quali possono farsi la donazioni per causa di morte. »

» Ma nella seduta de' 27 ventoso anno XI. tom. VI. delle conferenze, pag. 641 Tronchet osservò che deve bastare una dichiarazione innanzi ad un notajo: questa correzione fu adottata. Così si rigettò la proposizione di applicare a' testamenti la regola del dritto romano. *Nihil tam naturale est. etc.*

» Berlier osservò ancora che ne' proposti articoli non si trova alcuna disposizione sulla quistione tanto controvertita di sapere, se un primo testamento è rivocato con un secondo che si trova nullo nella forma.

» Tronchet dice che il secondo testamento, quantunque nullo, annunzia ciò non ostante, per parte del testatore, un cambiamento di volontà il di cui effetto è di annullare il testamento. Il consiglio adottò questa osservazione, e decise che sarebbe convertita in disposizione. Tom. VI. pag. 643.

» Nella seguente seduta, tenuta a 3 germile anno XI, sei giorni solamente dopo la precedente, Bigot - de - Preameneu presentò una nuova redazione del titolo delle donazioni, fatta, dice egli, giusta le correzioni adottate nelle sedute de . . . e 27 ventoso . . . pag. 663 processo verbale *delle conferenze*. Questa redazione portava, articolo 146, che i testamenti non potranno rivocarsi in tutto o in parte, se non con un atto autentico che contenga la dichiarazione del cambiamento di volontà. »

» De Preameneu pensava dunque che risultava da questa redazione che un atto imperfetto come testamento, per esempio, perchè non vi erano se non tre testimonj invece di quattro, non ha meno la forza di rivocare i precedenti, quando contiene la dichiarazione del cambiamento di volontà, perchè in fatti, non resta meno un atto autentico, secondo la legge sul notariato, che non esige se non due testimonj.

» Ma le conferenze tenute col tribunato cagionarono un cambiamento ed un addizione che, passando nell'articolo 1035 (990), vi hanno sparso un'oscurità che non esisteva nella redazione presentata da Bigot - Preameneu. Questo articolo è così concepito: » I testamenti non possono rivocarsi nè in tutto, nè in parte, se non con un testamento posteriore, o con un atto avanti notajo, nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà. »

» Il tribunato addusse per motivo di questa addizione, che un testamento anche olografo, posteriore, deve bastare per rivocare un primo testamento per atto pubblico; la qual cosa non risultava dalla offerta redazione.

» Il motivo del cambiamento, *atto innanzi notajo*, invece di *atto autentico*, fu il timore che si fosse indotto da queste ultime espressioni che l'atto nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà poteva farsi innanzi qualunque uffiziale pubblico, per esempio, un giudice di pace, un cancelliere ec. »

» Non si ebbe dunque la intenzione di allontanarsi dalla decisione presa dal consiglio di stato a' 27 ventoso anno XI; ma non si accorse che la nuova redazione proposta dal tribunato, ed inscritta nell'articolo 1035 (990), poteva, contro la intenzione de' redattori alterarne il senso o renderlo oscuro, non risultava tanto chiaramente quanto dalla redazione presentata da Bigot, a 3 germile, che un testamento imperfetto stipulato innanzi ad un notajo, rivoca i precedenti, quando le forme richieste per gli atti ordinarj vi sono state osservate. Intanto la nuova redazione dell'articolo 1035 (990) non dice il contrario, essa lascia la quistione indecisa; fa rinascere il dubbio saviamente risoluto colla decisione del consiglio per estinguere le antiche controversie: n'è accaduto che le opinioni si sono divise fin dal principio.

» Penetrato dalla decisione del consiglio di stato, che non si è avuta la intenzione di riportare, e che si trovava fusa nella redazione di de Preameneu, Maleville ha continuato a trovarla compresa nell'articolo 1035 (990), come lo insegna nella sua analisi ragionata.

» Jaubert, al contrario, che non aveva assistito alle conferenze del consiglio di stato, e che era imbevuto delle massime del dritto romano, crede che il silenzio dell'articolo 1035 (990) lasciava sussistere queste massime seguite a Bordeaux, ove aveva onorevolmente professato il dritto romano. Egli enunciò dunque questa opinione nel suo rapporto al tribunato. » La rivocazione, dice egli, può aver luogo con un testamento posteriore, purchè sia rivestito di tutte le forme ordinate, e che considerato in se stesso, possa ricevere la sua esecuzione. »

» Si trova la stessa contrarietà negli arresti delle corti di appello. Quella di Bruxelles ha seguito la opinione di Maleville, in un arresto de' 22 luglio 1807 riportato nel *Nouveau Repertoire*, v. *Rivocation de codicille*, pag. 535.

» Quella di Torino, attaccata alle massime del dritto romano, ha seguito l'opinione di Jaubert in un arresto de' 4 aprile 1807, riportato nello stesso sito. Sono stati dopo resi altri arresti che è inutile di riportare, perchè non possono fissare la giurisprudenza.

» Finalmente la quistione fu discussa per accidente innanzi la corte di cassazione, nel tempo dell'arresto a' 4 novembre 1811, su proposito del testamento di Nicola Giuseppe Brissy, ma non fu decisa. Ecco la specie di questo arresto.

» A 24 luglio 1806 il signor Brissy fece un testamento col quale dispose di tutti i suoi beni con legati particolari. A' 25 agosto seguente, nuovo testamento col quale, dopo aver fatto molti legati particolari, donò tutti i suoi beni immobili a sua moglie, in supplimento de' suoi proprj venduti. Dopo la lettura di queste disposizioni fatta in presenza de' testimonj, il testatore dichiarò rivocare i suoi precedenti testamenti; ma non si diede lettura di questa clausola in presenza de' testimonj, almeno non se ne fece menzione.

» Sulla domanda degli eredi, la corte di Douai annullò questo testamento con arresto de' 4 luglio 1809.

» La vedova ed i legatarj del signor Brissy produssero il ricorso in cassazione, e proposero tre mezzi.

» 1. Sostennero che importa poco che la menzione della lettura si trovi al principio, al mezzo o alla fine dell'atto, e che così la corte di Douai aveva creato arbitrariamente una nullità annullando il testamento, sotto pretesto che la menzione della lettura vi è seguita da una clausola di rivocazione.

» Questo mezzo sarebbe stato senza replica, diceva Merlin che portava la parola in questo affare, se la menzione della lettura fosse stata concepita di maniera a far intendere che riferivasi alle clausole che seguono, egualmente che a quelle che precedono, la qual cosa non esisteva. La quistione che presentava questo primo mezzo si riduceva dunque a sapere se un testamento è nullo nell'intero per la mancanza di lettura delle disposizioni aggiunte dopo la lettura delle prime. Ora, questa quistione non era più dubbiosa; essa era decisa con molti arresti della corte di cassazione, che hanno fissato la giurisprudenza. Questo primo mezzo doveva dunque esser rigettato.

» Il secondo era tratto dall'articolo 1035 (990) del codice, che porta, che i testa-

menti potranno essere rivocati con un atto innanzi notajo, ec. Ora quei che producevano il ricorso in cassazione sostenevano che la clausola di rivocazione, inserita nel testamento del signor Brissy, era un atto notariale valido, non ostante la mancanza di lettura; e se era valida, come le disposizioni che la precedono, e che sono rivestite di tutte le formalità testamentarie, non sarebbero egualmente valide? Come questa clausola potrebbe viziare tali disposizioni, e comunicar loro una nullità di cui non è intaccata?

» Ma Merlin osservò benissimo che supponendo che un testamento nullo, che ne rivoca un precedente, possa valere, in quanto a questa clausola, come semplice atto innanzi notajo, il secondo mezzo di cassazione di quei che producevano il ricorso, non era meglio fondato; imperciocchè non si trattava di sapere se il primo testamento del signor Brissy era debitamente rivocato, ma piuttosto di sapere se il secondo testamento era valido. Ora, per fare che fosse valido, bisognava che fosse stato letto per intero al testatore; e la clausola di rivocazione faceva parte del testamento, poichè il giudice non avrebbe potuto supplirla se il testatore l'avesse omessa. Così, da che essa non gli era stata letta, era chiaro che il suo testamento non gli era stato letto per intero. Il secondo mezzo di cassazione non era dunque fondato.

» Il terzo consisteva in dire che la clausola di rivocazione era inutile e soprabbondante, perchè non era una nuova disposizione, ma una spiegazione delle precedenti. Ora la mancanza di lettura di una clausola inutile e soprabbondante non può viziare un testamento.

» Discutendo questo mezzo, Merlin provò che la clausola di rivocazione non era una spiegazione del testamento, ma una disposizione nuova che non poteva essere inserita nel secondo testamento, prima della sua sottoscrizione e dopo della sua lettura, se non coll' obbligo di esser letta essa stessa al testatore. In conseguenza il ricorso fu rigettato con arresto de' 4 novembre 1811.

» Questo arresto non ha dunque nè deciso, nè potuto decidere che la clausola di rivocazione di un primo testamento, inserita in un secondo nullo nella forma, è ugualmente annullata, e lascia sussistere il primo testamento, ancorchè l' atto di rivocazione sia rivestito delle formalità necessarie alla validità degli atti notariali ordinarj; imperciocchè non si trattava di sapere se il primo testamento di Brissy era o no rivocato.

» Ma in occasione del secondo mezzo di cassazione, Merlin discusse la quistione che ci occupa, e fece valere con molta forza l' opinione che aveva abbracciato da lungo tempo, nel *Repertorio di giurisprudenza*, v. *Rivocazione de' legati*; sostenne che la clausola di rivocazione di un primo testamento inserita in un secondo, nullo come testamento, ma rivestito delle forme necessarie per la validità degli atti notariali ordinarj, non ha forza di rivocare i legati contenuti nel primo. Un' autorità tanto imponente mi ha da principio spaventato; ma le ragioni che dà Merlin non avendo potuto convincermi, ho creduto ch' era di mio dovere di esporre le mie, e di soggettarle al di lui ulteriore giudizio, ed a quello de' magistrati.

» Egli fonda la sua opinione sulla presunzione che la rivocazione contenuta in un testamento imperfetto non è se non condizionale, e che il testatore non ha voluto che avesse il suo effetto se non nel caso in cui il secondo testamento fosse eseguito, *si posterius valiturum sit*. Questa presunzione è stabilita sulla legge 18. *D. de legatis* 3 in cui il giureconsulto Pomponio propone la seguente specie.

» Se, dopo aver fatto un testamento regolare nel quale vi ho fatto un legato per fedecommesso ne fo un secondo imperfetto *non jure factum*, nel quale, o vi fo un legato diverso dal primo, o non ve ne fo alcuno, bisogna vedere dice Pomponio, se la mia intenzione non è stata di privarvi del primo legato, poichè i fedecommessi possono essere rivocati colla sola volontà, *nuda voluntate*. Ma è difficile di deciderlo in questo modo, dice egli, *sed vix id obtinere potest*, imperciocchè forse non ho voluto appartarmi dal primo testamento se non nel caso in cui il secondo fosse valido. *Fortassis ideo quod ita demum a priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit.* Ora quando gli stessi eredi istituiti ne' due testa-

menti avessero raccolta l'eredità in virtù del primo, il fedecommesso non sarebbe dovuto in virtù del secondo;

» Osserviamo da principio, che Pomponio non parla quì se non di una rivocazione tacita che lascia dubbiosa la volontà di rivocare, e non di una rivocazione espressa che esclude qualunque incertezza sulla mutazione di volontà. Io vi ho legato 1000 franchi con un primo testamento; ne fo un secondo col quale io più nulla vi do, ma non dichiaro di rivocare il primo. Bisogna vedere, dice Pomponio, quale è stata la mia intenzione. È possibile che io non abbia voluto rivocare il precedente testamento se non sotto la condizione che il secondo fosse valido; egli si decide per questa possibilità. È dunque certo che, nella specie di questa legge, si trattava di una rivocazione tacita.

» Il nostro codice è andato più lungi di Pomponio, decidendo, articolo 1030 (991) che i testamenti posteriori che non rivocheranno espressamente i precedenti annulleranno soltanto quelle disposizioni ivi contenute, che si trovassero incompatibili colle altre, o che vi fossero contrarie, perchè non manifestando una mutazione di volontà, il testatore è presunto aver perseverato nelle sue precedenti disposizioni.

» Ma quando ha puramente e semplicemente manifestata una mutazione di volontà di una maniera espressa, non si può senza urtare la ragione, supporre che ha voluto subordinare questa mutazione ad una condizione che non ha espresso. Così gl' interpetri hanno osservato che leggi romane non hanno applicato al caso di una rivocazione espressa ed assoluta la presunzione di una condizione che Pomponio non ha proposto di applicare se non alle rivocazioni tacite, che lasciavano incerta la mutazione di volontà.

» Nella legge 36. §. 3. *D. de testamento militis*, Paolo propone il caso di un veterano il quale nel tempo che serviva, aveva fatto un testamento solenne, *jure comuni*: morendo dichiarò, che voleva annullare il suo testamento e morire *intestato*. Ma questa dichiarazione non fu rivestita delle solennità richieste per la validità de' testamenti: così le istituzioni di erede conservano la loro forza secondo i principj del dritto romano, come l'abbiam detto di sopra al num. 616. *Haeredum institutiones in eodem statu mansisse placuit*, dice il giureconsulto Paolo. Riguardo a' legati, se i legatarj ne fanno la domanda, essa deve esser respinta per eccezione: *Legata vero petentes exceptione doli mali secundum jus commune summoveri*. La ragione che ne danno gl' interpetri, è che i legati possono rivocarsi colla volontà sola, *nuda voluntate*.

» Lo stesso giureconsulto Paolo propone, nella legge 24. §. 1. *D. de adimendis legatis* il caso di un padre che aveva legato a sua figlia alcuni giardini coi loro accessorj, *hortos instructos*. Dona in seguito alla sua sposa, con donazione tra vivi, alcuni schiavi attaccati alla coltura di questo giardino. Ne risultava pel fatto una rivocazione espressa di parte del legato fatto a sua figlia. Paolo decide che questa ultima volontà deve vincerla sul legato, e che anche quando la donazione fosse nulla, il legato non sarebbe meno diminuito. *Posterior voluntas filiae legato potior erit, sed et si non valeat donatio, tamen minuisse filiae legatum pater intelligitur*.

» Si sono opposte queste leggi ad alcune altre in forma di obiezione, contro la legge 18. *D. de legatis* 3. Gl' interpetri le conciliano, osservando che si tratta in quest'ultima di una rivocazione tacita che lasciava la mutazione incerta, e nelle altre di una rivocazione espressa, manifestata da alcune parole o azioni. Questa è la risposta di Gotofredo sulla legge 18. *D. de legatis* 3 e dopo lui di Struvio. *Respondet ipse Gothofredus*, dice egli, *quod scilicet in textibus oppositis de aliis agatur casibus, quibus nimirum constat, testatorem circa fideicommissa omnino mutasse voluntatem. In hac autem lege* 18 *non ita constat de voluntate mutata, cum nihil contrarii in testamento posteriori habeatur*.

» Furgole che esamina la nostra quistione nel suo trattato de' testamenti, cap. XI n. 43, vi professa da principio la stessa dottrina, e risponde, come Gotofredo, e Struvio, che le citate leggi ed altre che vi aggiunge, si applicano a' casi ne' quali vi è una

mutazione di volontà assoluta, che si rapporta specialmente a' legati, ma che è altrimenti della legge 18 *de legatis* 3.° Si è dunque sorpreso che finisca con non essere più d'accordo coi suoi principj e per trarne una conseguenza che loro è contraria, quando aggiunge: » E crediamo, con Bartolo, sulla legge 18 *de legatis* 3.° che i legati e le altre disposizioni contenute nel primo testamento debbono sussistere non ostante il secondo testamento imperfetto e nullo, quantunque il secondo racchiuda la clausola espressa di rivocazione de' precedenti testamenti, perchè questa clausola di rivocazione non può avere effetto se non quando il secondo testamento che la racchiude, si trova valido e rivestito delle formalità esteriori. »

» Bisogna dirlo, l'esattezza di quest'autore che si accusa d'aver avuto più erudizione che discernimento, è quì pienamente in errore; e Bartolo che cita, apparentemente in parole, insegna positivamente il contrario di ciò che gli fa dire. Bartolo, la di cui autorità è d'un sì gran peso, sostiene come Gotofredo e Struvio, che i legati rivocati con un testamento invalido non sono dovuti, quando la rivocazione è espressa, *quando legatum expresse adimitur.* Egli comincia con dare il sommario della legge, dicendo che il legato fatto con un testamento solenne non è giudicato rivocato tacitamente con un testamento che non è solenne. *Legatum relictum in voluntate solemni, per voluntatem minus solemnem non intelligitur tacite revocatum. Hoc dicit:*

» Riporta in seguito, in forma di obiezione, le leggi che provano che i legati fatti per fedecommesso in un primo testamento, non sono dovuti, quantunque il secondo testamento non sia valido. *Oppono secundum Dynum quod fideicommissum relictum in primo testamento non debetur, licet sequens voluntas sit invalida. L. et si transf. de adim. legat. ec. ec.*

» Bartolo risponde che queste leggi parlano de' casi ne' quali la rivocazione è espressa. *Respondeo leges contrarie loquuntur quando legatum expresse adimitur.* In questo caso, aggiunge egli, il legato non è dovuto, quantunque non sia rivocato se non con un testamento inutile. *Unde licet adimatur in voluntate inutili, non tamen debetur.*

» Ma quì continua Bartolo, cioè, nel caso della legge 18 *de legatis* 3.° quando il testatore rivoca tacitamente con un secondo testamento, si presume non voler rivocare se non quando il secondo testamento è valido. *Sed hic quando tacite adimit condendo aliam voluntatem, tunc ita demum videtur velle revocare, si sequens voluntas valuerit.*

» Così l'opinione di Bartolo è molto decisivamente contraria a quella che le presta Furgole. Bartolo, come gl'interpetri che l'hanno preceduto e come quelli che l'hanno seguito, fa una distinzione fondata sulle leggi, e sulla ragione.

» Se il secondo testamento rivoca il primo di una maniera espressa ed assoluta, sia con parole, sia col fatto, i legati non sono dovuti, quando anche il secondo testamento fosse imperfetto e nullo per vizio di forma.

» Se la rivocazione non è se non tacita, e lascia dubbioso il cambiamento della volontà, i legati del primo testamento non sono rivocati da un secondo imperfetto e nullo.

» L'annotatore di Bartolo avverte che questa è anche la opinione d'Imola e di Paolo di Castro, che avevano preceduto quel dotto interpetre; coloro che l'hanno seguito, insegnano la medesima dottrina; abbiamo già citato Gotofredo e Struvio: Vinnio, il miglior commentatore delle istituzioni, dice, al principio del titolo *de ademptione legatorum*: *Omnino assentior Bartolo posse legatarium opposita exceptione doli summoveri, etiam si imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur*: e cita molti autori che sono della stessa opinione.

» Se dal dritto romano e da' suoi interpetri passiamo al dritto francese, si trova nel *Journal du Palais. tom. II. pag.* 709 un arresto de' 29 dicembre 1687, che ha giudicato che in paese consuetudinario, un secondo testamento dichiarato nullo, può nondimeno rivocare un primo testamento.

» Pothier, la di cui dottrina ha avuto tanta influenza sulla redazione del codice; Pothier i di cui passaggi sono stato spesso copiati dalla commessione, per ridurli in articoli di legge, dice nel suo *Trattato delle donazio-*

ni testamentarie cap. VI. sez. 2. §. 1. pag. 347 » che quantunque un secondo testamento che contiene una clausola di rivocazione, non sia rivestito delle formalità necessarie per renderlo valido, deve almeno esser valido per questa clausola di rivocazione che non è soggetta a tali formalità. »

» Finalmente se lasciamo da parte le autorità per ascoltare la ragione, essa ci dice, che se è convenevole e saggio di stabilire forme solenni per render certa e garantire dalle sorprese la volontà del testatore che deroga alla legge delle successioni, queste forme non sono più necessarie quando, per un cambiamento di volontà, il testatore riviene alla legge comune; che basta che tal cambiamento sia ben provato; e che la equità ripugna a far rivivere, contro il voto pronunziato dal testatore, una volontà rivocata in un atto, che non perde la sua forza, se non per un difetto di forma che non ha conosciuto, che quindi non può essergli imputato.

» Si è veduto al n. 621 che questa dottrina fondata sulla ragione, aveva trionfato nel consiglio di stato, il quale, nella sua seduta de' 27 ventoso anno XI decretò che la mozione di Berlier fosse convertita in disposizione. Si è veduto che lo fu effettivamente da Bigot di Preameneu; ma che un' addizione, proposta ed addotta per un motivo affatto estraneo alla quistione, avea sparso dell' oscurità sull' articolo 1035 (990). Non si può dunque dubitare che se la quistione fosse presentata al consiglio di stato, la legge verrebbe da questo interpetrata nel senso della sua decisione de' 27 ventoso anno XI, che non si ebbe mai la intenzione di cambiare senza fare una discordanza coll' articolo 1037 (992), che porta, che la rivocazione fatta con un testamento posteriore ha il suo pieno effetto, ancorchè questo atto resti senza esecuzione per la rinunzia o per la incapacità dell' erede istituito. Vi è notabile analogia tra il caso di un legato rivocato con un testamento nullo nella forma, ed il caso di un legato rivocato con un testamento rimasto senza esecuzione per la incapacità del legatario; sì nell' uno, come nell' altro caso il cambiamento di volontà del testatore, è egualmente certo.

» Si è domandato perchè questo articolo 1037 (993) non aggiunge che sarà lo stesso se il testamento è nullo nella forma; che un testamento nullo nella forma, avrà valore in quanto alla causa rivocatoria.

» La risposta è facile: si credeva di averlo detto sufficientemente nell' articolo 1035 (990) la di cui redazione non si rese oscura se non coll' aggiunzione adottata posteriormente.

» Ma, si dice: l' atto che contiene la rivocazione è indivisibile; e se è nullo come testamento, è nullo per tutto. La forma degli atti non soffre divisione; essa debb' essere compinta in tutt' i punti, senza di che l' atto è nullo in tutte le sue parti, perchè, dicono gli antichi dottori da' quali si è ricavata questa massima, *forma dat esse rei; forma est de genere individuorum et quaelibet mutatio in forma mutat totum.*

» Rispondiamo che questa massima non è vera, come si può vedere negli esempj della sua applicazione dati da' dottori, se non ne' casi ne' quali un atto non ha se non una sola forma che non può allora ammettere separazione, *quae separationem non admittunt in totum vitiantur.* Essa è falsa, essa è respinta nella nostra legislazione, quando esistono nell' atto due forme distinte che possono essere separate. Ha luogo allora la regola *utile per inutile non vitiatur.* La nullità di una delle forme non trascina la nullità dell' altra. Così secondo l' articolo 68 della legge de' 25 ventoso anno XI sul notariato, un atto nullo come atto notariale, è valido come scritto sotto firma privata, se è sottoscritto dalle parti perchè in un simile atto esistono due forme distinte e separabili. Così per identità di ragione, un testamento pubblico nullo per la incapacità di uno de' testimonj, può e deve valere come atto rivocatorio de' precedenti testamenti, perchè vi si distinguono due forme differenti e separabili: quella de' testamenti che esige quattro testimonj: quella degli atti notariali, che non ne esige se non due, e che basta secondo il codice, per un' atto di rivocazione. Articolo 1035 (990).

» Questo principio che la nullità di una delle forme di un atto non porta seco la nul-

lità delle cose che possono sussistere sotto l'altra forma, è applicabile agli atti testamentarj. Gli autori insegnano che si può mescolare in un testamento un atto di altra specie, come sarebbe una donazione, la ricognizione di un prestito, ec. e che questo mescuglio non nuoce alla loro validità. Questa dottrina solidalmente stabilita da Merlin nelle sue *Quistioni di dritto*, v. *Successione futura* fu riconosciuta dalla corte di cassazione, col suo arresto emesso, a rapporto di Gandon, a' 3o. messidoro anno XI., e riportato nel medesimo luogo. Si legge nè considerando. » Quantunque, secondo i principj del dritto, i testamenti debbon esser fatti di un solo contesto, pure la intervenzione di un terzo non li vizia, quando essa ha per oggetto le stesse cose, o qualcuna delle cose di cui dispone il testamento. «

» Questa dottrina era egualmente consagrata sotto l'antica giurisprudenza col sentimento degli autori, e cogli arresti de' parlamenti. Se ne trova uno del parlamento di Roven, emesso a' 4. agosto 1797. il quale giudicò che un atto di donazione tra vivi può nel tempo stesso contenere donazioni testamentarie, se le formalità prescritte per l'una e per l'altra specie di atto sono adempiute.

» Supponiamo ora che facendo un secondo testamento, comincio dal rivocare espressamente il precedente in cui aveva istituito Cajo; instituisco in seguito Tizio mio legatario universale, e finisco con fargli donazione tra vivi del fondo Corneliano, donazione che accetta collo stesso atto; ma si trova che uno de' quatto testimonj è incapace. L'atto è nullo come testamento; intanto la donazione del fondo Corneliano non sarà meno valida, secondo l'antica e nuova dottrina, perchè questa donazione è compiuta nella sua forma e l'atto è rivestito di tutte le formalità necessarie agli atti notariali. Si oserebbe ben sostenere che la clausola di rivocazione, che forma anche un atto separato rivestito delle forme necessarie per la sua validità, è nondimeno nulla perchè è inserita in un testamento, e che Cajo, ad onta del mio cambiamento di volontà, manifestato di una maniera espressa, raccoglierà mio malgrado il legato che gli ho fatto col mio precedente testamento?

» Pensiamo dunque che bisogna tener per massima col consiglio di Stato, che la rivocazione contenuta in un secondo testamento, nullo come testamento, non rivoca meno i precedenti, quando l'atto è rivestito delle formalità necessarie agli atti notariali ordinarj.

» Se il secondo testamento imperfetto non rivocasse il primo con parole espresse ma di una maniera tacita, con disposizioni assolutamente contrarie a quelle del primo, come si vedrà nel segnente articolo, ci sembrerebbe che non dovrebbe meno operare la rivocazione del precedeute; imperciocchè, quantunque manifestata con un fatto invece di esserlo colle parole, non n'è meno espressa, e la rivocazione tacita, una volta provata, non ha minor forza della rivocazione verbalmente espressa. Or nel caso proposto, la rivocazione tacita si trova con un atto notariale. Intanto Bartolo è di una opinione contraria, come abbiam veduto di sopra.

» Ma se il testamento fosse nullo per la incompetenza del notajo o per la inosservanza di una formalità che trascina la nullità degli atti notariali, siccome allora non potrebbe valere se non come scrittura sotto firma privata, così non avrebbe la forza di operare la rivocazione del primo testamento; poichè l'articolo 1035 (990) richiede un atto notariale.

» Se l'atto di soprascrizione di un testamento mistico fosse nullo, il testamento non essendo un atto notariale, non potrebbe rivocare i precedenti.

» Sarebbe lo stesso del testamento olografo annullato, per non esser interamente scritto o datato dal testatore.

» Ma la rivocazione sarebbe operata con un atto sotto firma privata, interamente scritto, sotto scritto e datato dal testatore, e nel quale, senza fare altre disposizioni, dichiarerebbe solamente rivocare i suoi precedenti testamenti. Questo atto sarebbe un testamento olografo quando anche non contenesse altre disposizioni: imperciocchè si può dire, come osserva Domat, di colui che rivoca il suo testamento senza farne altro, che instituisce

per erede quegli che deve succedergli *ab intestato*, non con una instituzione in termini espressa, ma tacita nella espressione ed espressa nella intenzione. È come se dicesse: io do a' miei eredi legittimi ciò che dava a Tizio col mio testamento.

» Bisogna notare che la clausola di rivocazione contenuta in un testamento imperfetto, non si estende alle disposizioni del precedente che vi si trovassero ripetute in favore de' medesimi legatarj. Non vi è allora il cambiamento di volontà richiesto dall'articolo 1035 (990) vi è al contrario perseveranza. Se queste disposizioni fossero aumentate o diminuite, nel primo caso, l'aumento sarebbe nullo per la imperfezione dell'atto come testamento; nel secondo caso, la modificazione di queste disposizioni diminuite sussisterebbe, perchè l'atto sarebbe valido come rivocazione, e che il testatore può non rivocare, se non una parte delle sue disposizioni. Articolo 1035 (990).

» Quando un primo testamento è stato rivocato da un secondo, se il testatore vuol far rivivere il primo, dichiarando la sua volontà con un terzo testamento, non è necessario che il primo sia trascritto nel terzo, nè che ne sia data lettura, purchè quest'ultimo atto sia, come il primo, rivestito delle forme necessarie per la validità del testamento. Un arresto della corte di Rennes aveva così giudicato a'29 aprile 1809 e la corte di cassazione ha rigettato il ricorso contro questo arresto a' 4 dicembre 1811 per la ragione che niuna disposizione del codice proibisce ad un testatore di far risorgere un testamento rivocato, purchè l'atto che gli rende la esistenza, sia rivestito delle formalità richieste dalla legge.

» Si è veduto che si possono inserire in un testamento atti di un' altra specie, come sarebbe una obbligazione, la ricognizione di un debito, ec; si domanda qual' è la forza di queste ricognizioni? Questa quistione è stata diversamente risoluta dagli autori, che han cercato le ragioni di decidere nelle leggi romane, donde hanno ricavate conseguenze opposte. Bisogna prima esaminare qual' è la forza di queste ricognizioni contro gli eredi del testatore, quando non le ha rivocate.

» Bisogna distinguere: se esse son fatte in favore di una persona incapace di ricevere, sono sospette di frode, e sono considerate come un legato celato. Si presume che il testatore ha cercato un pretesto per velare un legato che non poteva fare. La ricognizione è dunque insufficiente, da qualunque circostanza sia accompagnata; ed ancorchè la causa del debito vi sia espressa, il debito si presume supposto, secondo la massima. *Qui non potest dare non potest confiteri*. Colui che non può dare non può riconoscere.

» Ma questo sospetto di frode non è se non una semplice presunzione che cede alla pruova contraria: è d' altronde indebolita da quest'altra presunzione che niuno si presume riconoscersi debitore, quando non lo è. Così la ricognizione fatta in un testamento in favore di un incapace, forma un principio di pruova scritta, che fa ammettere la pruova testimoniale sulla realtà del credito, come insegna Ricard.

» Se il testamento fosse stato rivocato dal testatore, la ricognizione che vi si trovava contenuta, sarebbe egualmente rivocata, e non avrebbe neppure la forma di un principio di pruova scritta, perchè non è considerata se non come un legato, e che sarebbe, contro di ogni ragione, dare ad una ricognizione rivocata la stessa forza che ad una ricognizione in cui il testatore ha perseverato sino alla morte.

» Questa perseveranza s'incontra egualmente in un testamento non rivocato, ma nullo per qualche vizio di forma. Un simile testamento, se fosse sottoscritto dal testatore, dovrebbe formare un principio di pruova scritta della ricognizione che vi si trova contenuta, poichè la sottoscrizione del testatore non essendo rivocata, è un atto scritto da lui emanato che rende verisimile il fatto.

» Sarebbe lo stesso se l'atto nullo come testamento, fosse d' altronde rivestito delle formalità necessarie per la validità degli atti notariali ordinarj. In questo caso, ancorchè non fosse sottoscritto dal testatore, dovrebbe parimenti formare un principio di pruova scritta; imperciocchè la ricognizione che vi si trova contenuta, non ha bisogno di essere rivestita delle formalità testamentarie.

» Quanto abbiamo ora detto debbe applicarsi al caso di una ricognizione di dovere, che eccede la porzione di cui il testatore poteva disporre in favore di una persona capace. La ricognizione varrebbe come legato fino alla concorrenza della porzione disponibile, e sarebbe nulla pel soprappiù, eccetto che il preteso creditore non provasse per altra strada la realtà del debito. Si presume che il testatore ha voluto defraudar la legge con una ricognizione finta. Questa è la specie della legge 27. *D. de probationibus*, nella quale un testatore dopo di aver disposto, in favore di un legatario, di tutto ciò che gli era permesso di dare, aggiunge, che vuole che si paghino a questo legatario altre somme delle quali si riconosce debitore verso di lui per cause che dichiara nel suo testamento. Il giureconsulto Scevola risponde che il legatario non potrà domandare queste somme se non provando che gli sono realmente dovute; giacchè, egli dice, il testatore sembra aver aggiunto queste somme in frode della legge, e per dare al legatario al di là di ciò che questi poteva ricevere.

» Ma questa ricognizione forma un principio di pruova scritta, che fa ammettere la pruova testimoniale.

» Quando la ricognizione di debito inserita in un testamento non rivocato, non eccede la porzione disponibile, e che è fatta in favore di una persona capace, essa fa compiuta pruova contro gli eredi del testatore, che non aveva alcun motivo per celare il suo legato sotto il velo di una falsa ricognizione. Essa fa pruova, quando anche la causa del debito non è espressa, giacchè niuno si presume riconoscersi debitore, quando non lo è. Questa ricognizione obbliga dunque gli eredi del testatore, a meno che questi non possono provare che egli niente doveva; per esempio, se avessero ricuperato una quietanza.

» Ma vi è una grandissima differenza tra la ricognizione di un debito fatto in un atto tra vivi irrevocabile di sua natura destinato a servir di titolo al creditore e la ricognizione consegnata in un testamento essenzialmente rivocabile, e che non è fatto per servir di titolo ad alcuno, durante la vita del testatore. È possibile che abbia avuto motivo per mascherare un legato sotto la forma della ricognizione di un debito, ed in questo caso debb'esser libero di rivocare la sua disposizione. Se fosse giudicata irrevocabile, sarebbe lo stesso d' introdurre un mezzo facile di rendere i legati irrevocabili dando loro la forma della ricognizione di un debito. Fa d' uopo dunque che possa essere rivocata, ed allora non ha più la stessa forza che una ricognizione nella quale ha perseverato il testatore.

» Dall'altra parte non si deve presumere il celamento della ricognizione fatta in atto così serio come un testamento, quando il testatore non aveva alcun motivo per occultare le sue volontà e per nascondere la verità. È dunque almeno verisimile che il debito riconosciuto in un testamento rivocato è reale, e questa verisimiglianza deve formare un principio di pruova scritta; imperciocchè il codice ha per tale qualunque scrittura che derivi dal debitore, e che rende verisimile il fatto allegato: articolo 1347 (1310); donde risulta che il creditore debb'essere ammesso, come insegnano gli antichi autori francesi, a provare ancora con testimonj il debito riconosciuto in un testamento rivocato.

» Se il testatore avesse voluto che la ricognizione inserita nel suo testamento servisse di titolo al creditore; per esempio, se l' avesse fatto intervenire nel testamento perchè non ignorasse questa ricognizione, e per accettarla; se avesse ordinato che ne fosse rilasciata una copia al creditore assente; se finalmente gli avesse consegnato un duplicato del suo testamento olografo per servirgli di titolo, e che questa consegna fosse espressa nel testamento: sembra che in questi casi il testatore non potrebbe rivocare la sua ricognizione, che sussisterebbe ad onta della rivocazione del testamento, secondo la opinione di molti autori, eccetto che l' erede non provasse che il debito non è reale. Pothier *delle donazioni testamentarie cap. VI sez. 2. §. 3. pag. 359.*

» Fuori di questo caso la ricognizione di un debito inserita in un testamento non sarebbe un titolo, in virtù del quale il creditore riconosciuto potesse sperimentar l' azione contro il testatore. Non potrebbe farsi ri-

lasciare una copia del testamento; e se si fosse impossessato sia del testamento olografo, sia della copia del testamento pubblico senza il consenso del testatore, potrebbe questo farlo condannare a restituire questa scrittura, ma il creditore potrebbe far interrogare il testatore su' fatti ed articoli per provare che ha riconosciuto il debito.

» Se il testamento che contiene la ricognizione di un debito in favore di una persona capace è nullo, bisogna distinguere: se è sottoscritto dal testatore, sembra che in ciò che concerne la ricognizione deve far pruova intera, giacchè questa ricognizione poteva farsi con atto sotto firma privata. Or secondo l'articolo 68 della legge sul notariato, un atto notariale quantunque nullo, vale come scrittura privata se è sottoscritto dalle parti.

» Se il testamento senza esser sottoscritto dal testatore, fosse rivestito delle forme richieste per la validità degli atti notariali ordinarj, ma nullo per la omessione di qualche formalità richiesta per la validità de' testamenti, sembra ancora che la ricognizione contenuta in un simile testamento dovrebbe sussitere; giacchè, per esser valida, non aveva bisogno se non delle formalità richieste per gli atti notariali ordinarj.

» Intanto il dotto Duparc-Poullain non concede se non la forza di un principio di pruova scritta alla ricognizione contenuta in un testamento nullo nella forma e sottoscritto dal testatore. Ma ci sembra che una simile ricognizione, nella quale il testatore ha perseverato, senza dubitare della nullità del testamento, deve avere maggior forza di quella che è contenuta in un testamento rivocato, ed alla quale nondimeno accorda, come tutti coloro che tal materia hanno scritto, la forza di un principio di pruova scritta. Si vede anche, leggendo questo autore con attenzione, che accorda la forza di un principio di pruova scritta alla ricognizione fatta in favore di un incapace in un testamento nullo, come si è detto di sopra: nuova ragione per dare maggior forza alla ricognizione fatta in favore di una persona capace. *Toullier. Corso di dritto civile vol. 5. nota 615 a 637.*

Delvincourt propone d'altronde la seguente quistione. *Quid* se il testatore si è contentato di dire in un atto scritto, datato e sottoscritto di suo pugno; *io rivoco il mio testamento*, oppure *tutti i miei testamenti*: questa rivoca è valida? La ragione del dubbio nasce dal perchè quest'atto può essere riguardato come un testamento, mentre riunisce tutte le formalità richieste pei testamenti olografi. Ma ciò che mi deciderebbe per la negativa si è, che il codice istesso ha definito il testamento, un atto col quale si dispone in tutto o in parte de' proprj beni. Or quì il defunto non dispone di nulla, dunque quest' atto non è un testamento. Ma si oppone: *dat qui non adimit*, dicono le leggi romane. *His (succedentibus ab intestato) creditur paterfamilias sponte sua relinquere legitimam hereditatem. L. 8. §. 1. D. de jure codicil.* Il testatore rivocando il proprio testamento gratifica i suoi eredi *ab intestato*, poichè distrugge l'atto che toglieva loro in tutto o in parte i suoi beni. Dunque il testatore dispone realmente in lor favore coll'atto di rivocazione; dunque questo atto è un testamento. Ma chi non sente che questo raziocinio è un puro sofisma, il quale non è difficile che vada fino all'assurdo? Dappoichè ne risulterebbe che qualunque persona la quale muore intestata ha fatto un testamento; mentre ha disposto in favore de' suoi eredi legittimi sol perchè non ha tolto ad essi ciò che poteva lor togliere. In quanto al principio citato delle leggi romane, bisogna riferirlo al caso pel quale fu stabilito.

» Fa d'uopo in sulle prime sapere che i fedecommessi erano in Roma oltremodo favoreggiati, pochè si poteva farli *etiam nutu*. D'altra parte si aveva per fermo, com'era giusto, che non si potesse gravare di fedecommesso altri che coloro in favore de quali si era disposto. Ed a tal proposito erasi domandato se si poteva fare un fedecommesso per codicillo e senza far testamento. La ragione del dubbio era che non potevasi istituire eredi per codicilli. Il fedecommesso non poteva dunque colpire che gli eredi *ab intestato*. Or, si diceva, il testatore che non li ha istituiti non può gravarli di fedecommesso, poichè non hanno essi il loro dritto da

lui ma sol dalla legge. Se non che i giureconsulti romani inclinati sempre singolarmente, come l'abbiamo detto, a favorire i fedecommessi, avevano deciso che non pertanto il fedecommesso era valido, atteso che il testatore presumevasi qualificare i suoi eredi *ab intestato* non togliendo loro la successione come il poteva. Ma si comprende che questo motivo non può applicarsi al caso di cui si tratta; mentre, perchè mai la legge esige un atto innanzi notaro quando la rivocazione non è fatta con un testamento? Affin di proteggere il testatore dall'influenza delle persone che lo circondano e che potrebbero profittare della sua debolezza per istrappargli una rivocazione, si presume che innanzi ad un pubblico nfiziale egli sarà più libero, e più padrone della sua volontà. Or l'inconveniente che si è voluto evitare avrebbe luogo se bastasse un atto con iscrittura privata anche scritto interamente per mano del testatore.

» Si oppone ancora, che sarà facile eludere la legge facendo inserire nell'atto la disposizione di una modica somma a profitto di una persona qualunque: sarà allora questo un testamento, nel senso dell'articolo 894 (743) e ciò basterà certamente per la rivocazione. Io rispondo che questo è un inconveniente inseparabile dalla cosa stessa. Tosto che si ammettono i testamenti olografi, non si può ricusare al testatore il dritto di farne un secondo, un terzo, e per conseguenza quello di rivocare il primo. Ma almeno farà d'uopo una disposizione, il che sarà più lungo e più difficile a strapparsi per frode o sollecitazioni.

» *Nota*. Non debbo dissimulare che avverso questa opinione fu giudicato in Parigi a dì 8 febbrajo 1810 ed in cassazione il 17 maggio 1814 (Sirey 1815 1. part. pag. 17). Ma io non ho ritrovato nei motivi di queste decisioni nulla che mi sembrasse bastante per determinarmi a cambiar di parere su questo punto.

» Si è ancora elevata sullo stesso articolo una quistione molto importante e molto controvertita; quella cioè di sapere se un testamento che riunisce tutte le formalità necessarie per valere come atto innanzi notaro, ma che fosse nullo come testamento, per esempio, per la incapacità di uno de' testimoni, per mancanza della menzione che fu scritto dal notajo ec., se questo testamento, noi diciamo, varrebbe almeno come rivocazione nel caso in cui effettivamente rivocasse un altro precedente testamento.

» Io confesso che tal quistione mi è sempre parsa al sommo delicata. Si pretende che ne sia stata decisa la negativa con arresto della corte di cassazione del 4 novembre 1811. Ma in prima, esso è un arresto di rigetto che per conseguenza non forma pregiudizio; d'altronde fedele al mio proposito di discutere e sottomettere al ragionamento tutte le autorità, tranne quella della legge, io credo poter esaminare ancora la quistione sotto il punto di vista nel quale mi avviso che debba essere considerata.

» Io dico sul bel principio che nel nostro dritto, dal quale tutte le sottigliezze furono bandite, ed ove tutto si tratta *ex aequo et bono*, è difficile decidere questo punto in un modo generale, e che la quistione possa e debba risolversi diversamente secondo le circostanze. Coloro i quali sostengono che in tutti i casi l'atto è nullo, anche come rivocazione, dicono che un testamento è un tutto indivisibile il quale non può scindersi e deve perciò valere o esser nullo per intero. Ciò è fuor di dubbio: e se la rivocazione non potesse farsi che per testamento, sarebbe del pari inconcusso che qualunque rivocazione contenuta in un testamento nullo sarebbe nulla egualmente. Ma una rivocazione, ai termini dell'articolo 1035 (990), può farsi con qualunque altro atto diverso dal testamento; e dietro ciò non si considererebbe l'atto in quistione come contenendone due distinti, cioè un testamento ed una rivocazione, ed in questo caso perchè la nullità di uno de' due atti trarrebbe seco quella dell'altro? Si crede forse che un atto di scrittura privata il quale contenesse una donazione tra vivi e nel tempo stesso un mandato al donatario di amministrare gli affari del donatore, non varrebbe come procura, benchè certamente sarebbe nullo come donazione? Perchè dunque nel caso nostro l'atto di rivocazione non potrebbe esser valido, nonostante la nullità dell'atto testamentario? Non è forsa questo il caso di applicare la massima:

tile per inutile non vitiatur? Tal'è pure la sentenza di Pothier, il quale formalmente decide, nel suo trattato delle *donazioni testamentarie*, cap. 6. sez. 2. §. 1. che »» quantunque un secondo testamento il quale contiene una clausola che rivoca il primo sia nullo nella forma, il primo non lascia di esser rivocato. Giacchè, egli soggiunge, la rivocazione de' testamenti potendo farsi *nuda voluntate*, il secondo testamento, benchè nullo, debb' esser valido per la clausola di rivocazione la quale non va soggetta alle formalità testamentarie. »»

» E Domat, parte seconda lib. 3. tit. 1. sez. 5. stabilisce nella nota seguente all'articolo 19 che »» quando si tratta della validità di un atto in cui son comprese due cose le quali hanno fra esse qualche legame, se l'una delle due non può sussistere, l'atto non lascia di valere per quella che può sussistere, senza dell'altra. »»

» Ricard, delle donazioni, parte 3. n. 107 dice formalmente » ch' egli non fa difficoltà che in generale possa esser mista in un testamento, un'altra specie di contratto la quale essendo compiuta nella sua forma, non seguirà la natura del testamento ma quella che l'è propria; *puta* se un testatore facendo il suo testamento vi frammischia una clausola che porta donazione tra vivi e ne ha tutte le qualità e solennità necessarie, io dico che questo atto resta irrevocabile riguardo a detta clausola, poichè essa contiene in se un atto separato, e che per esser frammisto nel corpo di un altro non ne prende la natura. «

» Finalmente malgrado tutta la sottigliezza delle leggi romane e lo scrupoloso attaccamento de' giureconsulti al rigor delle forme, Papiniano istesso, nella legge 1. §. 1. *D. quibus modis pignus vel hyp. sol.* ha conservato la dottrina che noi qui stabiliamo. Si tratta in quella legge di un creditore ipotecario il quale ha rilasciato il suo credito, a titolo di donazione, al debitore. La donazione si trova nulla. Si domanda se le ipoteche sussistono e Papiniano decide la negativa, atteso che, egli dice, la legge proibiva la donazione ma non la remissione dell'ipoteca. Papiniano ha dunque deciso con ciò che un atto il quale contiene due operazioni, può esser valido per l'una, quantunque sia nullo per l'altra; ed evvi anzi ciò di notabile in detta legge, che la remissione dell'ipoteca non era stata espressamente stipulata, non essendo che la conseguenza della remissione del debito. Sarebbe dunque sembrato naturale che quest' ultima remissione trovandosi nulla, la prima fosse nulla egualmente; eppure il contrario fu deciso da Papiniano. Questo giureconsulto ha dunque opinato come Pothier, Domat e Ricard, che quando un atto contiene due cose, l'una può esser valida e l'altra nulla, e ciò sia che esse abbiano o no un legame qualunque fra loro.

» Si vegga parimenti una decisione del parlamento di Parigi del 29 dicembre 1687 per cui fu giudicato che un testamento anteriore aveva potuto essere rivocato da un codicillo nullo per la forma.

» Ma insistono gli oppositori dicendo: il testatore non presume aver voluto rivocare il suo primo testamento se non quando sia valido il secondo. Ed in effetti se noi supponiamo che un uomo abbia con un primo testamento istituito un legatario universale; che quindi ne abbia fatto un secondo contenente alcuni cangiamenti e nel quale abbia pure istituito lo stesso legatario universale; che questo secondo testamento contenendo la rivocazione del primo, come ciò d'ordinario è uso, si trova nullo per mancanza di alcuna delle formalità richieste esclusivamente pe' testamenti, ma la omission della quale non gli toglie di aver vigore come atto innanzi notaro, ne seguirà che il legatario universale il quale ha in suo favore la espressa manifestazione della volontà del testatore ripetuta in due testamenti successivi, si troverà nulladimeno privo del suo legato; giacchè non potrà reclamarlo in virtù del primo testamento, mentre si suppone valida la rivocazione in virtù del secondo il quale è nullo. Or siffatta disposizione sarebbe eminentemente ingiusta.

» Rispondo sulle prime che il principio dietro il quale si suppone che il testatore non ha voluto rivocare il suo testamento se non per quanto fosse valido il secondo, poteva esser vero nel dritto romano, ove era una specie d'ignominia il morire intestato, ed ove

d'altronde la esistenza sola di un secondo testamento bastava ad indurre la rivocazione totale del primo. Non si presumeva giammai che una persona avesse voluto morire senza aver disposto de' suoi beni, e quindi si doveva supporre che la rivocazione dal primo testamento era subordinata alla validità del secondo, *quod ita demum* (dice la legge 18. *D. de legatis*. 3.) *a priore testamento velim recedi si posterius valiturum sit*. E ciò che prova tal essere il solo motivo del giureconsulto nella detta legge 18 si è la decisione data nella legge 36. §. 3. *D. de testamentis* della quale ecco il caso. Un veterano aveva fatto, mentre militava il suo testamento *jure communi*. Nel morire egli dichiara, ma senza veruna solennità, che vuole annullarlo e morire *ab intestato*. Il giureconsulto decide che il testamento deve sussistere quanto alle istituzioni di erede, ma non quanto ai legati, e che se i legatarj agiscono contra l'erede, questi potrà opporre loro la eccezione del dolo, *ex eo quod dolo agunt qui contra voluntatem defuncti petunt legata*: pruova ben evidente della gran differenza che stabilivano i romani fra i legati e la istituzione di erede.

» Ma questi motivi sono lungi dal trovarsi nel nostro dritto in cui i testamenti e le istituzioni di erede non sono riguardati così favorevolmente come presso i romani. Quanto all'esempio proposto, confesso che l'argomento che se ne trae sarebbe della più gran forza se io pretendessi che sol perchè esiste una rivocazione in un secondo testamento, il primo si trovi pienamente ed indefinitivamente rivocato, ma non è questo il mio sistema. Io mi riporto del tutto al testo della legge, ed ecco in qual guisa io ragiono su tal soggetto.

» L'articolo 1035 (990) dice espressamente che possono i testamenti rivocarsi con qualunque atto innanzi notajo, portante dichiarazione di cambiamento di volontà. Or si può dire che vi sia cambiamento di volontà riguardo alle disposizioni del primo testamento le quali si trovano mantenute nel secondo? Ed anche riguardo a quelle che sono semplicemente modificate, siccome la rivocazione può non esser parziale, si può dire che non avvi cangiamento di volontà sino alla concorrenza della sommá per la quale la prima disposizione è mantenuta. Quindi, sia un primo testamento così concepito:

»» Io istituisco Pietro mio legatario universale;

»» Io lego 3000 franchi a Paolo, 2000 a Giacomo, e 1500 a Guglielmo. »»

» Di poi il testatore, cambiando volontà sopra alcuni punti, fa un secondo testamento contenente la rivocazione del primo, ed inoltre le disposizioni seguenti.

»» Io istituisco Paolo mio legatario universale;

»» Io lego 3000 franchi a Pietro, 2000 a Guglielmo e 1500 a Nicola. »»

» Questo secondo testamento si trova nullo come testamento, benchè possa valere come atto innanzi notaro. Senza dubbio, se io pretendessi che questo abbia rivocato interamente il primo, darei la più gran forza alla obiezione sopra cennata, la quale mi sembrerebbe allora insolvibile. Ma, come l'ho detto, io sono lontano dell'adottare questa opinione, ed ecco come ragiono:

» Secondo l'articolo 1035 (990) non vi è rivocazione che quando vi è dichiarazione di cambiamento di volontà. In conseguenza esamino quali sono le disposizioni del primo testamento riguardo alle quali vi ha nel secondo cangiamento intero o parziale di volontà.

» Io prendo in primo luogo il legato universale fatto a Pietro. Veggo che col secondo atto esso è ridotto a 3000 franchi. Quindi lo considero come rivocato in quel tanto che eccede i 3000 franchi (*Nota*. Ben inteso che io suppongo nel caso il legato universale di un valore superiore a 3000 franchi.)

» Prendo poi il legato di 3000 franchi fatto a Paolo. Evvi forse riguardo a lui contraria volontà? No: senza dubbio; poichè nel secondo atto egli è istituito legatario universale. Il legato di 3000 franchi non è dunque rivocato.

» Lo stesso ragionamento vale per Guglielmo il quale prenderà i suoi 1500 franchi.

» Quanto a Giacomo e Nicola, essi non avranno nulla da pretendare: Giacomo, perchè la rivocazione ha tutto l'effetto riguardo

a lui, non essendo egli nominato nel secondo atto, e Nicola, perchè non può reclamare che in virtù del secondo atto il quale è nullo come atto di ultima volontà.

» Si scorge, che con questa spiega, la quale sembra consentanea ai semplici lumi della ragione e che non contradice in alcun modo al testo dell'articolo 1035, l'obiezione svanisce interamente; poichè io dò al primo testamento tutto l'effetto che può avere riguardo alle disposizioni circa le quali il testatore ha conservate, e non ha fatto che modificare le sue prime intenzioni. In una parola supponiamo per un istante che in luogo di fare un testamento abbia dichiarato il testatore in un semplice atto innanzi notaro, ch' egli intendeva rivocare parzialmente il primo testamento, che in conseguenza egli rivocava puramente e semplicemente il legato fatto a Giacomo e quello fatto a Pietro per ciò che eccedeva 3000 franchi ec. potrebbe impugnarsi una simile rivocazione? No: senza dubbio; mentre la legge la quale permette al testatore di rivocare il suo testamento per intero, gli permette egualmente di rivocarlo in parte. E perchè avrà egli a questa rivocazione formale ed espressa aggiunto alcune altre disposizioni, ch' egli non poteva fare coll' atto medesimo, se ne conchiuderà che la rivocazione è nulla, e che le prime disposizioni debbono essere mantenute! Lo ripetiamo, non è questo il caso di applicar la massima: *utile per inutile non vitiatur?*

» *Nota*. Una decisione di Aix del 20 aprile 1809 (Sirey, 1813 2. parte pag. 342.) sembra aver giudicato che un atto nullo come testamento era egualmente nullo come atto di rivocazione. Ma siccome nella specie era la stessa persona istituita nè due testamenti, nulla se ne può conchiudere contro del nostro sistema.

» Un arresto di Douai del 26 febbrajo 1809 ha deciso nel senso delle distinzioni testè stabilite, ed il ricorso contro questo arresto fu rigettato il 23 gennajo 1810 (Sirey 1810 prima parte pag. 127).

» *Quid*, se il secondo testamento, nullo come tale, ma valido come atto rivocatorio, non contiene che una tacita rivocazione (puta, perchè rinchiude disposizioni contrarie a quelle del primo,) il primo è mai rivocato, come nel caso della rivocazione espressa? Si può dire per l'affermativa che la rivocazione tacita debba avere tanto effetto quanto l'espressa. Ma si può rispondere che la tacita rivocazione ha realmente lo stesso effetto della espressa; se non che evvi questa differenza, che la rivocazione espressa esiste da per se ed indipendentemente da qualunque altra disposizione. Basta dunque che sia provata nella forma che le conviene. Ma la rivocazione tacita non esiste per se stessa; ella risulta da altre disposizioni. Perchè sia provata, bisogna dunque che le disposizioni da cui si fa risultare sieno provate egualmente. Ora le disposizioni testamentarie non possono essere provate che nelle forme testamentarie. Se l'atto che le contiene è nullo come testamento, ne risulta necessariamente la nullità di tutte le disposizioni testamentarie che vi sono contenute, e quindi quella della rivocazione tacita la quale non n'è che la conseguenza.

» *Quid* nel caso seguente? Un testatore ha rivocato il suo primo testamento con un secondo che è valido. In seguito egli rivoca il secondo con un semplice atto avanti notajo nel quale dichiara esser sua intenzione che il primo abbia effetto. *Quid juris?* Alcuni han pensato che la successione dovea essere deferita *ab intestato*, e che i due testamenti erano nulli, cioè: il secondo perchè rivocato da un atto in forma; il primo perchè essendo stato una volta annullato per la rivocazione contenuta nell' altro validamente fatto, non poteva rivivere che mercè di una nuova manifestazione della volontà del testatore espressa nelle forme richieste per le disposizioni testamentarie. Io rifletto che l'opinione contraria a questa fu decisa nel dritto romano ove le disposizioni relative ai testamenti erano forse anche più rigorose che presso di noi. Ecco in effetti il caso proposto da *Papiniano* nella legge 11. §. 2. *D. de bonor. posses. secund. tabulas.*

» Un padre di famiglia fa il suo testamento; egli si da in arrogazione, viene emancipato e muore. Papiniano decide che l'erede istituito non può reclamare la esecuzione del testamento annullato dall' arrogazione del te-

statore. »» Sarebbe altrimenti, egli dice, se il testatore avesse per un atto qualunque, *codicillis aut aliis literis*, manifestata la intenzione che il suo testamento fosse valido. In questo caso la di lui volontà che era mancata è presunta rinnovata per la sua dichiarazione. *Voluntas quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligitur*. Papiniano paragona questo caso a quello in cui un testatore dopo aver fatto un secondo testamento, il che presso i romani portava di pieno dritto rivocazione del primo, avesse quindi distrutto questo secondo testamento lasciando sussistere il primo. Egli si fa in seguito l'obiezione sulla quale precisamente riposa il sistema che noi combattiamo. »» Ma allora, egli dice, non è egli fondare un testamento su di una semplice dichiarazione di volontà, *nuda voluntate*, mentre questa dichiarazione debb' essere circondata da un gran numero di formalità tutte rigorosamente richieste dalla legge? No, egli risponde: *nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum*. Giacchè non si tratta quì del dritto o della validità del testamento, ma dell' effetto della eccezione che si può opporre all' erede istituito: *non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis*. »» Ciò ha bisogno di essere spiegato. È come se Papiniano avesse detto. »»

»» Quando l' erede istituito domanderà il possesso de' beni in virtù del primo testamento, se gli si oppone la eccezione dedotta del cambiamento di volontà, egli distruggerà questa eccezione dicendo che il cambiamento di volontà non esiste, poichè il testatore ha minifestato dopo una volontà contraria. I giudici non avranno dunque da esaminare la validità del testamento, non de *jure testamenti quaeritur*, ma solamente il valore della eccezione opposta alla domanda dell' erede, *sed de viribus exceptionis*; e come sarà provato che il cambiamento di volontà non ha perseverato fino alla morte, la eccezione non sarà ammessa, e per conseguenza il testamento avrà il suo effetto. »»

» Mi sembra che questa decisione di Papiniano sia perfettamente applicabile al caso proposto. Così fu giudicato in cassazione il 4 dicembre 1811 (Sirey 1812. 1. parte pag. 129).

a Questa legge è spiegata da *Ricard* delle donazioni part. 3 num. 178. Ma a malgrado di tutto il rispetto che ho per la sagacità di questo autore, io penso che abbia mal colpito il senso delle ultime parole di Papiniano, e che conviene attenersi alla spiega da noi data, la quale è pur uniforme a quella di Pothier, nella sua nota sulla detta legge. *Delvincourt. Corso di codice civile vol. 5. nota 332. al tit. 4*.

Osservazione. La medesima questione trattata dagli autori delle pandette, e così lungamente discussa dai due giureconsulti francesi, è caduta in esame nella nostra suprema corte di giustizia. Ella a 18 gennaro 1823 decise che per rivocare un testamento valido e legale non è bastevole la volontà dichiarativa del testatore espressa dall' uffiziale pubblico, senza il concorso delle solennità necessarie. Vedi. *Atto autentico* §. 1. *Decisione*.

La corte di cassazione di Parigi con decisione de' 2 maggio 1812 ritenne la giurisprudenza, che un testamento non può altrimenti essere annullato, che da un posteriore testamento; e che quando anche una disposizione testamentaria fosse stata conosciuta in assenza, e senza la scienza del testatore, l' annullamento di essa non è riconosciuta dalla legge.

a *Fatto*. Nel giorno 10 giugno 1792 Giacomo Gisbert volontariamente emigrò per essersi negato a prestare il giuramento civico e fu iscritto sulla lista degli emigrati. La nazione confiscò i suoi beni; la legge del 22 fruttidoro anno 3 li restituì a' suoi eredi; allora trattavasi di sapere se i beni sarebbero devoluti agli eredi legittimi, o agli eredi testamentarj. Questi ultimi, le signore Malgouyré, e Dumeny si giovavano del testamento mistico del 13 marzo 1791. La di loro tutrice, la signora Ferrand, fece procedere alla apertura di questo testamento, con atto pubblico del 24 nevoso anno 4. — Gli eredi legittimi pretesero, che il signore Gisbert era incorso nella morte civile, a causa della sua emigrazione, e della sua iscrizione sulla lista degli emigrati; sostennero che la nullità del suo testamento era una conseguenza immediata della morte civile. Dimandarono una divisione eguale della suc-

cessione tra tutti gli eredi del sangue. Il tribunale del dipartimento del Tarn con sentenza del 14 frimajo anno 5, annullò il testamento, ed ordinò la divisione eguale. »» Considerando che il testamento di Giacomo Gisbert non potea produrre alcun effetto, dapoichè come prete emigrato avea perduto il suo stato civile,..»» Pria che siffatta sentenza potesse essere posta in esecuzione, anzi priachè potesse ottenersi una spedizione, Giacomo Gisbert rientrò in Francia, ed ottenne nel giorno 22 messidoro anno 8, una decisione amministrativa, che lo reintegrò provvisoriamente nel godimento dei suoi beni, ai termini dell'articolo 3 della legge del 26 fruttidoro anno 4.

» In seguito il prete Gisbert fece convertire la immissione provvisoria in possesso difinitivo: morì nel 14 marzo 1808, sotto l'impero del codice civile, senza avere rifatto il testamento mistico del 14 giugno 1791; ed ancora senza averlo rivocato.

» Gli eredi legittimi si presentarono per raccogliere la sua successione; notificarono la sentenza del 12 frimajo anno 5 relativa alla divisione, e ne dimandarono la esecuzione pura, e semplice.

» Le signore Malgouyré, e Dumeny legatarie, produssero appello avverso la sentenza del 14 frimajo: esse presentarono di bel nuovo il testamento mistico del 14 giugno 1791, in virtù del quale pretesero, che esse solamente fossero proprietarie dei beni, e della eredità - La identità del testamento presentata col testamento del 14 giugno 1791, non fu impugnata, ma gli eredi legittimi sostennero di appartenere alla essenzialità del testamento mistico di rimanere segreto sino alla morte del suo autore; che nel soggetto caso, questa condizione non era stata adempiuta; che per l'opposto, al 26 nevoso anno 4. si procedè all'apertura del testamento del 14 giugno; che da tutto ciò risultava, che il testamento del 14 giugno, doveva essere annullato; che tanto più si doveva decidere in tal modo, in quanto che Giacomo Gisbert, dopo di essere rientrato in Francia, non aveva ignorata l'apertura del suo testamento; ch'egli l'avea tacitamente approvata, e l'aveva resa sua propria col silenzio, e col non rifare il suo testamento; era dunque il presente caso simile a quello in cui il testatore istesso avea aperto il testamento mistico; perchè se le cose avessero avuto luogo in tal modo, vi sarebbe sicuramente nullità, o rivoca del testamento, secondo la legge 10 *cod. de testamentis*.

» La corte imperiale di Tolosa con decisione del 16 agosto 1809 decidendo sull'appello prodotto avverso la sentenza del 12 frimajo anno 5. annullò il testamento del 14 giugno 1791, e dichiarò la successione del prete Gisbert aperta *ab intestato*.

»» Considerando (ecco in qual modo è conceputa la decisione) che il testamento opposto dalla signora Malgouyré, e dalla di lei sorella era mistico; che quindi era della sua essenza di restar chiuso sino alla morte di Giacomo Gisbert; che ciò non ostante il testamento fu aperto nel 25 nevoso anno 4, mercè un atto pubblico; che il testatore rientrato in Francia verso la fine dell'anno 5, ha vissuto sino al 16 marzo 1808 in Francia nella famiglia della signor Ferrand, la quale avea fatto aprire il suo testamento; egli ha conosciuto questa apertura, in modo che l'ha resa tutta propria col suo silenzio, ed omettendo di anunciare con qualche atto, ch'egli voleva, che questo testamento mistico, quantunque aperto nel corso della sua vita, è divenuto nullo per questo oggetto, fosse intanto conservato. Sarebbe diversamente se il testatore ignorato avesse l'apertura del suo testamento. Allora sarebbe morto nella opinione, che questo atto era stato conservato; mentrechè istruito dall'apertura, che doveva annullarlo, egli stesso ha con ciò acconsentito a quest'annullamento. »»

» Ricorso in cassazione per violazione della legge 30 *cod. de testamentis*, e dell'articolo 1035 del codice civile (990): le attrici rimproveravano la corte di appello di aver dato all'apertura del testamento mistico, fatta in assenza, e senza la scienza del testatore, l'effetto di annullare, e di rivocare il testamento, locchè è contrario, sia alle leggi esistenti all'epoca dell'apertura, sia a quelle esistenti all'epoca della morte del testatore.

» La legge 30 *cod. de testamentis*, dicevano gli attori, è concepita nel seguente

modo: « *Si quidem testator linum vel signacula inciderit vel abstulerit ut pote ejus voluntate mutata (sancimus) testamentum non valere. Sin autem ex alia quacunque causa hoc contigerit, durante testamento scripto (heredes) ad haereditatem vocari.* Questa legge distingue chiarissimamente due casi: quello in cui il testamento è stato aperto per ordine del testatore, e colla intenzione, per parte sua, che l'apertura producesse la rivocazione; e quello in cui il testamento è stato aperto in assenza, e senza scienza del testatore. Nel primo caso l'imperatore ordina, che il testamento sia annullato; vuole nel secondo caso, che il testamento sia conservato. Or nella specie giudicata colla decisione impugnata, l'apertura del testamento mistico del prete Giacomo Gibert avea avuto luogo in sua assenza, e senza sua saputa. Dunque quest'apertura non produceva ai termini della legge 30, nè rivocazione, nè nullità: « Dunque la corte imperiale non ha potuto giudicare in contrario, senza violare la legge 30 esistente all'epoca dell'apertura del testamento e quindi vi ha luogo a cassare la decisione suddetta.

» La distinzione della legge 30 al codice *de testam.*, aggiungevano le attrici, è fondata sulla ragione. Perchè mai i legislatori romani hanno essi voluto, che l'apertura del testamento mistico fatta per ordine espresso del testatore producesse la rivocazione? Unicamente perchè l'autenticità del testamento mistico dipende dalla esatta osservanza delle formalità esterne dalla legge prescritte per questa disposizione di ultima volontà; e perchè, se il testatore ha lacerata la sopracarta, ovvero l'atto di soprascrizione, se egli ha aperto il testamento, egli ha tolto al testamento stesso i segni, ed i caratteri della sua autenticità, e quindi per fatto del testatore, non è più possibile di assicurarsi, se il testamento che si presenta dopo la sua morte, è lo stesso testamento che egli ha rivestito delle forme mistiche, e che ha presentato chiuso, e suggellato al notajo, ed ai testimonj. Si deve dunque presumere in questo caso, che il testatore ha voluto rivocare, ed annullare il testamento allorchè ne ha ordinata l'apertura; si deve credere, ch'egli ha cambiato volontà; che la sua intenzione è stata di morire *ab intestato* ma niuna di tutte queste cose è applicabile allorchè il testamento è stato aperto in assenza, e senza saputa del testatore. Il fatto di un terzo non può nuocere al testatore, nè rivocare il suo testamento. Non si può più presumere un cambiamento di volontà del testatore. Bisogna dunque decidere in questo caso, che il testamento sussiste, quantunque sia stato aperto. Questa regola sarebbe veramente suscettibile di eccezione, se il testamento mistico è stato aperto fraudolentemente, in modo tale che la sopra iscrizione più non sia esistente, e che si possa sospettare la sostituzione di uno scritto qualunque al testamento; ma nella causa attuale, l'apertura del testamento mistico del prete Gisbert è stata fatta innanzi ad un ufficiale pubblico, ed in presenza degli eredi legittimi; niuna presunzione di frode può elevarsi; la identità del testamento del 14 giugno 1791, coll'atto presentato dai legatarj, non è impugnato, e quindi dovea applicarsi letteralmente la disposizione della legge 30 *cod. de testament.* La corte di appello di Tolosa non avea alcuna ragione legittima per allontarsene.

» Finalmente, continuavano le attrici, la corte di appello ha formalmente violato l'articolo 1035 del codice civile, sotto il di cui impero è morto il testatore. L'articolo 1035 (990) prescrive, che i testamenti non potranno essere rivocati, che con testamento posteriore o con un'atto innanzi notajo, contenente dichiarazione di cambiamento di volontà. Nella specie della decisione impugnata, la corte imperiale ha considerato il testamento del 14 giugno 1791, come nullo, e rivocato, quantunque il testatore non avesse fatta rivocazione alcuna, nè con un testamento posteriore, nè con un'atto innanzi notajo, contenente dichiarazione del cambiamento di volontà; dunque essa ha violato l'articolo 1035, e per questo secondo motivo vi è luogo a cassare la sua decisione. I convenuti rispondevano, che secondo il dritto romano l'apertura del testamento mistico ne annulla le disposizioni, allorchè quest'apertura ha luogo per ordine, e col consenso del testatore. Or, dicevano essi, la corte imperiale di Tolosa

ha giudicato *in fatto*, che il testamento del 14 giugno 1791 era stato aperto col consenso di Giacomo Gisbert testatore; essa ha per lo meno giudicato, che Giacomo Gisbert avendo conosciuta l'apertura del 29 nevoso anno 4, e non avendo rifatto il suo testamento, era considerata come sua propria l'apertura, ed aver voluto morire *ab intestato*.

» Ella è dunque cosa impossibile, che possa essere cassata la decisione impugnata che contiene una semplice decisione di fatto. Non giudica in contradizione della legge 30 *Cod. de testamen.*, che l'apertura fatta da un terzo del testamento mistico, in assenza, e senza saputa del testatore, ne operi la rivocazione, o la nullità; deciderebbe allora una vera quistione di dritto; essa equipara solamente l'apertura fatta da un terzo, e della quale il testatore ha avuta conoscenza, alla apertura fatta dal testatore istesso. Niuna legge esisteva, che proibisse alla corte di appello di equiparare i due casi, e che se le possa rimproverare di aver violata, o falsamente interpetrata.

» In quanto al mezzo tratto dalla violazione dell'articolo 1035 del codice civile, i rei convenuti sostenevano, che il testamento essendo stato annullato sin dal 24 nevoso anno 4, mercè l'apertura che ne aveva avuto luogo a quest'epoca, le leggi sopravenute dopo l'annullamento erano state giustamente non applicate dalla decisione della corte di appello.

» *Decisione* - La corte, veduta la legge 30, *cod. de testamentis, et quemadmodum testamenta ordinentur*, e l'articolo 1035(990) del codice civile; ed atteso, che se appartiene all'essenza del testamento mistico di restar chiuso sino alla morte del testatore, pure l'apertura di un simile atto non produce la sua annullazione, se non quando è stata fatta dal testatore, o di suo ordine, giacchè non se ne può indurre che ha cambiato volontà.

» Atteso, che il testamento del prete Gisbert è stato aperto nel corso della sua emigrazione, in un'epoca, in cui si poteva fare, ch'è stato fatto da un notajo, ad istanza del procuratore speciale della tutrice delle eredi universali, istituite con questo testamento, dopo essersi interpellati gli eredi presuntivi di trovarsi presenti all'apertura, che ne fu redatto processo verbale, il quale è rimasto depositato presso il notajo, e che alcun dubbio non si eleva sulla identità di questo testamento.

» Atteso che la legge 30 del codice sotto il titolo de *test. et quemad. test. ordini.*, non permette che l'apertura di un testamento mistico fatta da un terzo, senza che il testatore vi abbia parte, possa nuocere all'effetto di questo testamento.

» Atteso che l'articolo 1035 del codice civile (990) sotto il di cui impero è morto il testatore, non permette che un testamento possa essere rivocato in altro modo, che con un testamento posteriore, o con una dichiarazione fatta innanzi notajo del cambiamento di volontà,

» Atteso che la decisione impugnata, nel considerare il silenzio del testatore, il quale ha saputo cha il suo tastamento era aperto, per una rivocazione di questo atto, ha contravvenuto alla legge romana quì sopra citata, ed all'articolo 1035 del codice civile: » Cassa ec.

» §. 47. I testamenti posteriori che non
» rivocheranno espressamente i precedenti,
» annulleranno soltanto quelle disposizioni
» ivi contenute che si trovassero incompati-
» bili colle nuove, o che vi fossero contra-
» rie. *Art.* 991. *Leg. civ.*

Valga l'esempio di Scevola su la tacita rivocaziona di un legato per la ingratitudine del legatario.

» Seia testamento suo legavit Titio auri pondo X. Titius accusavit eam quod patrem suum mandasset interficiendum. Seia post institutam accusationem codicillos confecit, nec ademit Titio privigno legatum, et ante finem accusationis decessit: acta causa pronuntiatum est patrem Titii scelere Seiae non interemptum. Quaero cum codicillis legatum quod testamento Titio dederat non ademerit (*quia tacite videtur ademptum*), an ab heredibus Seiae Titio debeatur? respondit secundum ea, quae proponerentur, non deberi. *L.* 31. §. 3. *D. de adimen. vel transf. leg.*

Casus. Seia testamento. Seia fecit testamentum, et in eo legavit Titio suo privigno X. pondo auri; et postea praedictus Titius accu-

savit eam dicens quod ipsa fecit occidere patrem suum Titii, maritumque quondam ipsius Seiae. Post institutam autem dictam accusationem dicta Seia fecit codicillos, et non ademit dicto suo privigno legatum praedictum, et ante finem dictae accusationis decessit ipsa Seia, et nihilominus quo ad bona ipsius Seiae confiscanda peracta fuit causa praedicta homicidii; et pronuntiatum est patrem dicti Titii non esse interemptum scelere dictae Seiae: nunc quaeritur an ab heredibus dictae Seiae debeat reddi legatum praedictum? et videtur quod sic; quia ipsa codicillis praedictis non ademit ei. Resp. tamen hic quod non: quasi tacite sit ademptum propter dictam accusationem ab ipso privigno institutam. *Vivianus*.

„ Esempio somministrato da Delvincourt. Il primo testamento, ei dice, contiene questa disposizione: » io lego la mia casa di città a Pietro». Il secondo quest' altra: » io lego la mia casa di città a Paolo». Il primo legato è rivocato. Diversamente se i due legati erano fatti collo stesso atto: mentre allora i due legatarj sarebbero riputati congiunti. Articolo 1045 (1000).

» *Quid*, se l'usufrutto solamente della casa è stato legato a Paolo col secondo testamento? Il legato fatto a Pietro è rivocato per l'usufrutto soltanto.

» *Quid*, se una somma è legata a Pietro con un primo testamento, e che gli sia legata una somma simile o diversa con un secondo testamento che non contiene rivocazione del primo? Il legatario ha dritto di domandare le due somme, se non si scorga una contraria volontà del testatore. *L.* 12. *D. de probat.*

» *Quid*, se un fondo è stato legato con un primo testamento, ed una somma allo stesso legatario con un secondo? Io penso che salva la pruova della intenzione contraria del testatore, i due legati sono dovuti. Vi osta la legge 6. *D. de adim. leg.* nella quale si dice che *si pro fundo res legata sit*, *fundus ademptus intelligitur*. Dapoichè si suppone in questa legge che *res pro fundo legata est*, vale a dire che il testatore ha detto: in luogo del fondo da me legato a Paolo, io gli lascio la tal cosa». È chiaro che in questo caso il legato del fondo è rivocato. Così questa legge è spiegata da Pothier nelle sue pandette.

» *Quid*, se due persone furono istituite legatarj universali con due diversi testamenti? Bisogna prima di tutto consultare la intenzione del testatore. Se non si può discoprirla, io credo che il primo legato sia rivocato. Non già che sia impossibile esservi ad un tempo due legatarj universali. L'articolo 1003 (929) lo suppone al contrario formalmente. Ma io penso che faccia d'uopo intendere questo articolo circa il caso in cui ambi furono istituiti col medesimo testamento. In effetti è nella natura delle cose che non esista se non un legatario universale. Quando il testatore ne ha istituiti due collo stesso testamento, ha manifestato formalmente l'idea di dividere il profitto del legato fra due persone, con dritto di accrescimento Ma quando gli ha istituiti separatamente, e con due atti distinti, non v'è più volontà espressa, e si rientra nella regola naturale di cui ora abbiamo parlato, e dietro la quale non si può avere in generale che un legatario universale. Sarebbe lo stesso, se l'uno de' due testamenti contenesse un legato universale e l'altro un legato a titolo universale? Credo che bisognerebbe distinguere: se il legato universale era contenuto nel primo testamento, sarebbe diminuito del valor della quota attribuita nel secondo al legatario a titolo universale. Ma se il legato universale era nel secondo testamento opino che si dovrebbe riguardare il legato a titolo universale come annullato, e ciò per le ragioni testè dedotte intorno al caso precedente. È possibile, ma non ordinario, che si faccia ad un tempo e un legatario universale, e un legatario a titolo universale.

» *Quid*, se dopo di aver fatto il suo testamento, il testatore fa una istituzione universale per contratto? Il precedente testamento è rivocato. Così fu deciso con ragione in Parigi il 2 febbrajo 1813, ed in cassazione il 16 novembre seguente (Sirey 1814 1. p. pag. 99). Vi ha qui incompatibilità, poichè a' termini dell'articolo 1083 (1039) questa specie d'istituzione toglie all'istituente la facoltà di disporre a titolo gratuito. Nè osta che nel caso il testamento era anteriore; giac-

chè abbiam veduto che intorno alla capacità di disporre, è sempre il momento della morte che bisogna considerare. Ora in tal epoca il testatore si era interdetto il dritto di disporre a titolo gratuito. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5. *nota* 335 *al titolo* 4.

La causa falsa per la quale si rivoca un primo testamento vizia la disposizione testamentaria quando è provato che il testatore non avrebbe disposto se avesse conosciuta la falsità della causa. Decisione della corte imperiale di Bruxelles de' 10 giugno 1812.

» *Fatto*. Nel 23 maggio 1806 la signora Handel fece testamento a favore della signora Wielant sua nipote.

» Nel 18 agosto seguente, altro testamento, col quale vien reiterato il primo, eccetto alcune leggiere modificazioni.

» Finalmente nell' 18 giugno 1810 un terzo testamento della signora Handel, con cui si rivocò la istituzione della signora Wielant. -- Questa rivoca poggiata sopra alcuni vantaggi pecuniarj, che si supponevano da altra parte pervenuti alla signora Wielant, era così concepita: » Io rivocò, ed annullo in generale tutto ciò che ho fatto, lasciato, donato, legato col mio primo testamento del 23 maggio, e col mio codicillo del dì 18 agosto 1806; e con altre disposizioni anteriori alle sopraddette date, alla mia nipote Teresa Adelaide Wielant, *e ciò, pel vantaggio, che ha ricevuto nella sua quota dalla mia rinuncia alla successione del fu mio fratello Antonio Carlo Gambier.* »

» Nel fatto la testatrice avea rinunziato alla successione del suo fratello defunto, dopo i testamenti de' 23 maggio, e 18 agosto 1806; ma dopo la morte della signora Handel, la signora Wielant pretese, che questa rinunzia non le avea procurato alcun vantaggio; sostenne quindi, che la rivoca fatta dalla signora Handel, su di una *causa falsa* dovea essere annullata, e non potea impedirle di raccogliere l'effetto de' testamenti del 23 maggio, e 18 agosto 1806. Il tribunale di Bruxelles profferì sentenza, colla quale sottopose la validità della rivoca all' esistenza de' vantaggi menzionati nel testamento del dì 18 giugno 1810, ed ordinò in conseguenza una verifica precedente sul punto di sapersi, se questi vantaggi esistevano realmente tali, quali se l' avea immaginati la testatrice.

» La sentenza partiva dal principio, che la falsa causa annulla la rivoca del testamento, in altri termini, non potea sostenersi, se la testatrice avesse errato nel motivo determinante la sua rivoca.

» Essi sostengono, che la falsa causa non vizia meno la rivoca di un testamento, che i legati, o la liberalità, che questo testamento rinchiude in pregiudizio degli eredi *ab intestato*.

» E gli appellanti invocano le leggi romane; soggiungono, che se a' termini del dritto romano, la falsa causa non vizia il legato, addiviene ciò unicamente per la ragione, che la sostanza della disposizione sussiste interamente nella volontà del testatore, e che quello, ch' egli aggiunge per certificarla non dee mai distruggerla. *Ratio legandi legato non cohæret L.* 112. §. 6. *D. de condict.*, *et demonstr.*

» Questo motivo, continuano gli appellanti, è applicabile alla rivoca de' testamenti; non sono i motivi del testatore, ma sibbene la sua volontà, che costituisce la sostanza della rivoca. Dunque nella specie presente, i giudici di prima istanza non hanno sottoposto all' esistenza de' motivi enunciati dal legislatore, la validità di una rivoca, ch' è totalmente indipendente da' motivi.

» L' appellato risponde, che veramente la falsa causa non vizia sempre le disposizioni testamentarie; ma sostiene, che su questo oggetto bisogna distinguere: o il testatore non avrebbe disposto, se fosse stato istruito della falsità della causa, ovvero avrebbe disposto, quantunque istruito di questa stessa falsità. L' appellata dice, che solamente nel secondo caso sono applicabili le leggi romane citate dall' appellante.

» Essa pretende, che nel primo caso la falsità della causa annulla la disposizione. Si appoggia all' autorità del signor Merlin, al Rep. di giurisprudenza, V. *legato sez.* 2. §. 2. n. 14.

» Ciò posto, l' appellata afferma, che nella specie presente, la signora Handel non avrebbe rivocati i suoi testamenti de' 24 mag-

gio, e 18 agosto 1806, se avesse conosciuta la falsità della causa.

» Essa allega, in prova di quest' asserzione, che la volontà espressa della signora Handel è stata di vantaggiarla; che ciò risulta non solo dal testamento del 23 maggio 1806, ma anche d l testamento del 18 agosto seguente; che un' altra prova di questa verità si ricava dagli stessi termini della rivoca, materia della lite, i quali non sono puri, e semplici, ma condizionali, e subordinati all'evento di una rinuncia, che avea avuto realmente luogo nell'intervallo de' due primi testamenti al terzo.

» Da queste circostanze l' appellata conchiude, che se la signora Handel avesse saputo che la rinuncia, motivo della sua rivoca, non fosse stata di alcun utile alla legataria, avrebbe mantenuto il legato, e si sarebbe astenuta dalla rivoca. Dunque, soggiugne l'appellata, i giudici di prima istanza han dovuto, come han fatto, subordinare la validità della rivoca alla realità della causa, che l' ha determinata.

» La causa, ovvero il motivo della rivoca era nella specie attuale, ciocchè gli autori chiamano una causa *finale*; non era una semplice causa *impulsiva*, che annullava la rivoca, la cui falsità non produce la nullità della disposizione. Quindi, sotto questo rapporto, vi è luogo a confermare la sentenza, di cui è appello.

» *Decisione* - Considerando, che la volontà espressa della signora Anna Maria Gambier vedova Handel, è stata di vantaggiare l' appellata.

» Che ciò risulta da una parte, dal suo testamento del 23 maggio 1806, in cui le lega una porzione di tutti i suoi beni, mobili, effetti, gioje, biancherie di corpo, di tavola, azioni, crediti, ed argento monetato.

» E da un'altra parte dal suo testamento, o codicillo del 18 giugno 1810, poichè con quest' ultimo atto, essa non rivoca puramente, e semplicemente il legato contenuto nel primo, ma dichiara, che fa questa rivoca pel vantaggio, che l' appellata ha ricevuto per la sua quota, colla rinuncia alla successione del suo fratello defunto, Antonio Carlo Gambier.

» Considerando, che esiste realmente una rinuncia per parte sua a questa successione, e che ha avuto luogo nell' intervallo corso tra il primo e 'l secondo testamento.

» Considerando, che dalla combinazione di queste circostanze, apparisce non solo, che la testatrice dettando la rivoca, credea, che la sua rinuncia avesse effettivamente procurato all' appellata un vantaggio sufficiente per adempire alle sue mire benefiche riguardo a lei, e che questo vantaggio formasse una specie di compensazione del legato, con cui l'avea gratificata col suo primo testamento; ma di più che senza questa credenza, non avrebbe dettata la sua rivoca.

» Considerando, che d' altronde la regola, che *la falsa causa non vizia il legato* dee disparire, e che bisogna attendere all' eccezione, che vuole, che quando risulta dalle circostanze, che la volontà del testatore è stata di far dipendere il legato dalla verità del fatto, ch' ei dichiara, il legato non sussiste, se il fatto è falso.

» Considerando, che la sentenza, di cui è appello è stata pronunziata pel solo oggetto di giungere alla conoscenza della verità, o falsità del fatto dichiarato dalla testatrice.

» La corte rigetta l' appello ec.

» §. 48. La rivocazione fatta con un testamento posteriore avrà pieno effetto, ancorchè questo nuovo atto resti senza esecuzione per la rinunzia o per la incapacità dell'erede istituito o del legatario. *Art.* 992. *Leg. civ.*

Osserva Maleville che

» Il presente articolo non parla che della incapacità dell' erede istituito, o della sua rinuncia, e non fa verun motto della sua indegnità.

» Grande varietà di opinioni vi era una volta intorno a ciò tra i giureconsulti ed anche tra i parlamenti. Sostenevano gli uni, che il primo testamento rimaneva sempre rivocato, sia che l' erede istituito nel secondo risultasse indegno, sia che risultasse incapace. Gli altri dicevano che la revoca aveva luogo quando l' erede istituito fosse dichiarato indegno non quando fosse dichiarato incapace.

» Io sarei dell' ultimo avviso. L' indegno

raccoglie l'eredità, ma non può conservarla. L'incapace al contrario non può neppure raccoglierla. Il testamento che lo istituisce non produce alcun effetto per riguardo a lui. L'eredità non si arresta nemmeno un istante sopra codesto erede. È giusto e regolare adunque che si tenga rivocato il primo testamento, quando l'erede istituito nel secondo sia indegno, non quando sia incapace. Difatti tal era la giurisprudenza di Tolosa, siccome attestano Mainard, Carabolas, Catellan e Serres. La giurisprudenza di Parigi poi era contraria. Vedi nel giornale del palazzo le sentenze 9 aprile 1669 e 25 febbraro 1672.

» Ma non favellando il nostro articolo della indegnità e volendo che il primo testamento sia rivocato, allorchè l'erede istituito nel secondo sia incapace, molto più si dee intendere che il detto testamento sia rivocato, allorchè il sopra scritto erede sia indegno. *Maleville. Osservazione all' articolo* 1037. *del cod. civ.*

» §. 49. Se il testatore aliena in tutto o
» in parte la cosa legata, ancorchè per mez-
» zo di vendita con facoltà di ricomprare,
» o di permuta, il legato s'intenderà rivo-
» cato per tutto ciò che è stato alienato,
» quando anche l'alienazione posteriore sia
» nulla, e la cosa stessa sia ritornata in po-
» tere del testatore. *Art.* 993. *Leg. civ.*

Modestino dichiarò anche coll'alienazione volontaria estinto il legato.

» Rem legatam si testator vivus alii donaverit omnimodo extinguitur legatum; nec distinguimus utrum propter necessitatem rei familiaris, an mera voluntate donaverit: ut si necessitate donaverit legatum debeatur: si nuda voluntate non debeatur: haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis existat. *L.* 18. *D. de adim. vel transfer. leg.*

Casus. Legavi Titio equum meum, et postea vendidi eum Seio; et postea decessi. Nunquid dictus Titius potest equum praedictum ab herede meo petere, vel ejus aestimationem? et distinguitur aut vendidi Seio propter necessitatem rei meae familiaris, aut mera mea spontanea voluntate: primo casu pôtest Titius petere legatum, secondo non, praesumptione habita circa voluntatem testatoris in his duabus diversis responsionibus: secus si donassem equum dicto Seio postquam legaveram eum Titio; quia tunc omni modo extinguitur legatum non inspecta dicta distinctione: dicta enim distinctio non cadit in munificentiam donantis; cum nemo dicatur liberalis in donando, qui dat aliquid alicui ex necessitate, et ita una pars dictae distinctionis non potest habere locum in donante; et ita merito non habet locum praedicta distinctio in donatione. *Accurs.*

D'altronde Paolo vede rimaner sempre estinto il legato per mezzo dell'alienazione, ancorchè il testatore riacquisti la cosa alienata.

» Cum servus legatus a testatore, et alienatus, rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario, opposita exceptione doli mali. Sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris non submovebitur. *L.* 15. *D. de adimen. vel transfer. leg.*

Casus. Legavi Titio servum, et postea donavi eum Seio, et sic extinctum est legatum, et postea emi eum a dicto Seio, et postea decessi, et postea dictus Titius petit ab herede meo dictum servum. Certe potest heres meus opponere ei exceptionem doli; nisi probet, quod ego ex nova voluntate volui eum habere dictum servum. *Vivianus.*

L'alienazione di una cosa legata ammette anche l'alienazione di tutto ciò, ch'è accessorio della cosa stessa? Secondo i casi diversi il dritto romano somministra diversi pareri.

Principalmente Paolo vede estinto il peculio del servo, se il servo legato viene alienato.

» Servo legato cum peculio, et alienato, vel manumisso, vel mortuo, legatum etiam peculii extinguitur. *L.* 1. *D. de peculio legato.*

Cajo vede la ragione nell'accessorio che siegue la condizione del suo principale.

» Nam quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint. *L.* 2. *D. Idem.*

Paolo poi nel caso del legato in persona di una serva co'suoi figli, quando fosse alienata, o estinta l'una vede gli altri appartenere al legatario.

At si ancilla cum suis natis legata sit; etiam mortua ea, vel alienata, vel manumissa, nati

ad legatarium pertinebunt; quia duo legata sunt separata. *L.* 3. *D. Idem.*

Cajo ritiene la medesima dottrina.

» Sed et si cum vicariis suis legatus sit servus, durat vicariorum legatum, etiam mortuo eo, aut alienato, aut manumisso. *L.* 4. *D. Idem.*

Casus. Legavi Stichum servum meum tibi cum peculio suo, et postea alienavi eundem servum, vel manumisi, etiam mortuus fuit idem servus; in quorum quolibet trium casuum extinctum legatum servi. Nunquid est etiam extinctum legatum peculii? et resp. quod sic, quia extincto principali, id est legato servi extinguitur accessorium, idest legatum peculii. Secus si legavi tibi ancillam cum natis suis, quia tunc etiam mortua, vel alienata, vel manumissa pertinebunt nati ad legatarium, et est ratio, quia duo legata sunt separata. Idem, si legavi tibi servum meum ordinarium cum vicariis suis; nam mortuo servo ordinario, aut alienato, aut manumisso, nihilominus durat legatum vicariorum; et hoc dicunt istae quatuor leges. *Accurs.*

D'onde nasce la distinzione di tante cose in uno stesso modo legate? Donello divide in ciascuna cosa la qualità di principale, e di accessorio, e da ciò fa discendere l'idea della diversità di una o di due cose legate in guisa che la perdita si rende parziale o totale secondo le cose stesse sieno principali o accessorie.

» Unde igitur haec distinctio in rebus pluribus, quos constet pariter esse legatas? Ex illo principio, ut pluribus rebus simul legatis una alienata, aut perempta, nihilominus reliquarum quae modo principales sint, legatum duret: earum autem quae accessiones sunt, legatum extinguatur. Quam enim rem principalem vocamus? quae per se sine alia consistit. Quam accessionem alterius? eam quae sine illa altera consistere non potest. Atqui ancilla sine natis suis, et nati ejus sine matre consistunt, similiter et servi vicarii sine ordinariis: habent enim omnes hi sua corpora distincta alia ab aliis natura ipsa per se, non fictione juris subsistentia. Sint ergo singulorum ut aeque principalium rerum distincta legata, nec unius alienatio, aut ademtio aliarum rerum legatum minuet. Contra nec peculium sine servo, cujus peculium est, nec instrumentum fundi sine fundo, cujus est instrumentum intelligi potest; unde et de peculio dictum, morte et manumissione servi, item et emancipatione filii peculium esse desinere. Ex quo intelligitur peculium esse accessionem servi, instrumentum accessionem fundi: proinde recte dici et illius legatum alienatione servi, et legatum hujus alienatione fundi interire. *Donelli Comment. de jure civili lib.* 8. *cap.* 17.

Può dirsi rivocato un testamento quando il testatore ha venduto li suoi beni a colui, che aveva istituito suo erede?

La corte di appello di Poitiers a 14 nevoso anno 13 decide per l'affermativa.

» *Fatto.* L'ex canonico Bourdeseau, aveva per domestica Caterina Gourmand.

» L'11 vendemmiale, anno 8, lega alla medesima in virtù di testamento, »» tuttociò che le leggi gli permetterebbero di donarle all'epoca della sua morte. »»

» Il 15 pratile, anno 9, egli le vende tutti i beni che possedeva, coll'obbligo, »» dalla di lei parte, di servire una pensione vitalizia al venditore, di lasciare l'usufrutto di una mezzadria, pagare fr. 300 a certi eredi. »»

» Cessa di vivere Bourdeseau.

» Gli eredi chiedono l'apposizione de' sigilli.

» Caterina Gourmand vi si oppone, e riclama la eredità, tanto in virtù del testamento, che della vendita summentovata.

» Intimata dagli eredi ad eleggere tra li riferiti due titoli, essa accorda dapprima la preferenza alla vendita.

» Ma desiste in seguito per far valere il testamento.

» Allora gli eredi presuntivi sostengono che il detto testamento è nullo, e che questo fu realmente rivocato dall'atto di vendita del 15 pratile.

» Il 7 termidoro, anno 11, sentenza del tribunale di Bressuire, il quale dà alla domestica Gourmand l'atto della sua desistenza dalla vendita, e ratifica il testamento.

» Appellazione dalla parte degli eredi Bourdeseau.

» Bonceune, loro avvocato, pretendeva

che il testamento fosse stato indubbitatamente revocato dalla vendita posteriore degli oggetti legati.

» È vero, egli disse, che simile principio era dubbio nel diritto romano, e che secondo il testo delle differenti leggi, l'erede testamentario era obbligato di provare altresì che la vendita della cosa legata non era stata fatta se non colla intenzione di annullare il legato. *Nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse. L.* 11, §. 12, *ff. de legat.* 3.

» *Si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi. Inst.* §. 12. *de legat.*

» Ma, primieramente in Roma la prova prescritta dalle citate leggi non era domandata giusta l'uso, come lo indica il giureconsulto Paolo, nel lib. 4 delle sue sentenze, *tit.* 1, §. 9. *Testator supervivens, si eam rem quam reliquerat vendiderit, extinguitur legatum.*

» In seguito, una simile prova non avrebbe potuto essere richiesta in Francia, se non in contravvenzione alle nostre ordinanze, le quali proibiscono di cercare la intenzione de' contraenti, altronde che negli atti.

» Ora, nel caso, è evidente che il testamento è stato rivocato in forza della vendita; poichè essa manifesta un cambiamento di volontà dalla parte del testatore. È pure evidente che egli esige un *prezzo*, una retribuzione di ciò che aveva assicurato a titolo *gratuito*; che d'altronde, in forza della vendita, è spogliato de'suoi beni, di modo che non aveva più cosa veruna in tempo della sua morte.

» Del resto, se ammettiamo col signor consigliere di stato Bigot-Preameneu che la questione fu un oggetto di controversia sotto l'antica legislazione, sarebbe questa una prova che noi non abbiamo alcuna legge positiva su questo punto; ed in simil caso è di già stato deciso più volte, che il codice può ricevere la sua applicazione senza effetto retroattivo.

» Domat, lib. 1, tit. 1, sez. 2, n. 14 consiglia di sottoporre gli affari pendenti ed indecisi alle nuove leggi, quando queste regolino delle questioni, per le quali non vi fosse alcuna legge, nè alcuno statuto. *Quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus. L. unic. Cod. de contr. jud.* vedi ancora *Voet in tit. ff. de leg.*

» È quindi mestieri applicare l'art. 1038 (993) del codice, il quale è decisivo sopra questo punto, ed annullare il testamento di cui si tratta.

» Ciò posto, Caterina Gourmand non aveva alcun diritto alla eredità; essa si è resa colpevole di vie di fatto verso i veri proprietarj, facendo delle opposizioni senza titolo legittimo, impadronendosi de' mobili, e mettendosi, contro ogni giustizia, in possesso de' beni ereditarj. Essa dunque dee essere condannata a' danni ed interessi per quest' oggetto.

» Fromantin, a favore di Caterina Gourmand rispondeva, che la questione non è stata controversa nè nel diritto romano, nè nel diritto francese, se non se nel caso in cui la vendita posteriore fosse stata acconsentita in favore di un altro che non era l'erede instituito. Ma non può esservi dubbio allorquando il testatore ha fatta l'alienazione a vantaggio del suo erede. Infatti non sarebbe forse sommamente ingiusto di togliere ad un individuo l'eredità, precisamente perchè il testatore avrebbe fatti maggiori sforzi per trasmettergliela? Sarebbe una ostinazione il voler trovare una rivocazione in un secondo atto, quando in luogo di derogare al primo, non è piuttosto se non un' anticipata esecuzione. È un individuo sarebbe dichiarato mal fondato, per la sola ragione che ha un doppio diritto per agire!!!

» L'art. 1038 (993) da cui si deduce una eccezione, è posteriore al testamento ed alla vendita in questione: sarebbe evidentemente farlo retroagire, o applicarlo alla causa. Ma fosse anteriore a' detti atti, non li annullerebbe; perchè il buon senso e la ragione indicano che bisogna intenderlo in questo senso, che annulla il legato nel solo caso in cui si fa la vendita ad un estraneo.

» Supponiamo che in vece di vendere i suoi beni alla sua erede, Bourdeseau li avesse *donati* mediante atto tra vivi, si sosterrebbe forse che quest' ultimo atto avesse distrutto il primo? Se così fosse, sarebbe necessario di ammettere che tutt'i contratti confermativi hanno per oggetto di annullare

le obbligazioni originarie, o principali? Ciò è assurdo.

» D'altronde, non è sorprendente che gli appellanti si prevalgano della vendita, quando essi non vi sono intervenuti in alcun modo, e che l'acquirente medesimo rinunci alla sua esecuzione? Da questo momento il detto atto diviene ad essi straniero, nè possono nulla dedurne. Lungi dunque di distruggere la disposizione testamentaria, non fa che fortificarla.

» Se il testamento è valido, Caterina Gourmand aveva il diritto di agire da erede, ed in questa qualità d'immischiarsi nella eredità. L'azione in causa di danni ed interessi, per indebito godimento, è dunque senza fondamento.

» *Decisione*. Sentito il sostituto del procuratore generale imperiale; il quale ha detto che il testamento dell'11 vendemmiale, anno 8, ben lungi dall'essere stato rivocato dall'atto del 13 pratile, anno 9, aveva acquistata maggior forza in favore di Caterina Gourmand, e che i detti due atti dimostravano insieme la intenzione di Bourdeseau a riguardo di quest' ultima; che, d'altronde, le disposizioni dell' art. 1038 non potevano attualmente ricevere alcuna applicazione nella causa, perlocchè, se si facesse tale applicazione, sarebbe dare un effetto retroattivo a detta legge. Per questo motivo ha conchiuso doversi dire, che è stato ben giudicato, ec.

» La corte.

» Considerando essere evidente che il defunto Bourdeseau avendo venduti i beni che formavano l'oggetto de' legati portati nel suo testamento dell'11 vendemmiale, anno 8, in virtù dell'atto del 15 pratile, anno 9, ha rivocato il detto suo testamento col fatto, poichè il medesimo non poteva sussistere se non in quanto che i beni legati si troverebbero nella sua eredità all'epoca della sua morte, senza essere stati alienati:

» Considerando che la nominata Gourmand era stata constituita proprietaria di tutti li detti beni, dal giorno della stipulazione del contratto di cessione vitalizia, ed in virtù della forza di detto solo atto;

» Considerando che il signor Bourdeseau aveva manifestato, mediante tale vendita, una volontà assolutamente contraria a quella espressa nel suo testamento; volontà rivocatoria di quella riferita in detto testamento, il quale non poteva più essere eseguito in favore de' differenti legatarj;

» Considerando che la desistenza della ridetta Gourmand distrugge bensì l'atto di vendita, ma non annulla la volontà di vendere, la quale è stata effettuata, la quale è scritta, e la quale è stata accettata in modo dalla Gourmand, che appena seguita la morte di Bourdeseau, gli eredi di quest' ultimo avendo domandata l'apposizione de' sigilli sopra gli effetti della sua eredità, ella vi si oppose in virtù del suo contratto di acquisto.

» Considerando, che per tal effetto, essa ha dapprima eletto di stare al detto contratto, e che dopo ella ha desistito dall'effetto del detto contratto dell'affitto vitalizio, tanto in virtù della intimazione, che in forza di sentenza, per non riportarsi che al mentovato testamento.

» Considerando, che questo non è accordare un effetto retroattivo al codice civile, osservando i principj che lo stesso enuncia nell'art. 1038, poichè prima della sua promulgazione era incerta la giurisprudenza su questo punto in causa di mancanza di leggi precise anteriori.

» Considerando, che Caterina Gourmand ha negato avere cagionate delle perdite agli eredi Bourdeseau, sia impadronendosi degli oggetti della eredità, sia opponendosi all'apposizione de' sigilli; e che per conseguente, si debbono alle parti di Bonceone i danni ed interessi risultanti dalle preaccennate circostanze.

» La corte,

» Dice che è stato mal giudicato; emendando, dichiara Caterina Gourmand non ammissibile nella sua domanda per la ratifica di detto testamento...; la condanna a pagare agli appellanti la somma di 200 fr. per danni ed interessi risultanti dalle dilapidazioni ed opposizioni di cui si tratta; quando non anteponga la detta Gourmand, che da' periti convenuti o nominati di ufficio venga fatta la stima: la quale scelta essa dovrà fare entro li 15 giorni, a contare dal gior-

no della intimazione della presente decisione; in mancanza di che essa rimarrà deferita alle parti di Boncenne. »

§. 50. ,, Qualunque disposizione testamentaria diviene caduca, se quegli, in favor ,, di cui è stata fatta non soppravviva al testatore. *Art.* 994. *leg. civ.*

Questo articolo corrisponde alle uniformi sanzioni dettate da Giustiniano.

,, In novissimo autem articulo ubi proprie caduca fiebant, secundum quod praediximus etiam clausis tabulis tam existere heredes, quam posse adire, sive ex parte sint, sive ex asse instituti censemus, et dies legatorum, et fideicommissorum (secundum quod praediximus) a morte defuncti cedere. Hereditatem etenim nisi fuerit adita, trasmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur) *ut sup. de jure deliber. L. quoniam nisi in casu scilicet quando retardavit heres aditionem ex necessitate ut D. ad Sill. L. si quis in gravi. §. eleganter, et L. qui posthumos*); exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur iis (*scilicet exceptis*) nihilominus quae super iis (*scilicet heredibus*) qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris. *L. unica Cod. de caducis tollendis* §. 4.

Perezio espone l' origine di queste sanzioni, e quindi discende al enumerare i modi pei quali le disposizioni testamentarie erano a definirsi caduche.

,, Ut lege falcidia, et senatuscons. trebelliano legata, et hereditates dimittuntur, ita lege Papia non solum minuebantur, sed et integra legata, et hereditates totae fisco cadebant ut impendiis bellorum subveniretur. Lata lex Papia, quae et Poppea dicitur, temporibus Augusti M. Papio Mutilo, et Q. Poppaeo Cons. Ejus legis plura fuerunt capita. In primis cavebatur, ut decima pars eorum applicaretur fisco, quae conjux moriens sine liberis conjugi reliquisset. *Ulpian. in fragm. tit.* 15. Quod quidem postea sublatum est. *L.* 1. *et* 2. *Cod. de infirmand. poen. caelib.* Item cavebatur, ut extraneus heres vicesimam hereditatis partem fisco deferret, ut dictum est *supra de edicto Divi Adr. toll.* Alciat. *lib.* 3. *disput. cap.* 6. Itemque ut si scriptus heres, vivo adhuc testatore, moreretur, vel eo mortuo ante apertas tabulas deficeret, nihil ejus heredibus competeret; sed bona omnia tanquam caduca fisco addicerentur, vindicarenturque legata caduca, et quasi caduca; unde haec lex caducaria dicta. Quia vero alienis facultatibus inhiabat, displicere prudentibus coepit, et penitus per Justinianum est abrogata constitutio hujus tituli. Cujus duae sunt partes: *prior de caducis tollendis*; altera *de jure accrescendi.*

,, Docet itaque Justinianus *caduca* esse quae in testamento scripta deficiebant, eaque tribus modis sive temporibus defecisse: aut tempore testamenti, aut post testamentum, vivo testatore, aut post mortem testatoris, quorum diversa haec erant nomina. Aut enim *pro non scriptis* dicebantur, aut *in causa caduci* aut *caduca*. Primi generis sunt quae relinquuntur iis, qui in rebus humanis non sunt, cum testator id ignoret *L.* 16. *D. de legatis* 1. vel cum damnato in metallum, vel opus metalli quid relictum est *L.* 3. *et* 4. *D. de his quae pro non script.* vel cum alia ratione inutile est legatum. Et his casibus sciendum est legem Papiam locum non habuisse, id est fiscum in his nullum sibi jus vindicasse. Plinius *lib.* 2. *epist.* 16. *in caducariis*, inquit, *qui pro non scriptis habentur delatori locus non est*; nam ea penes heredem etiam sine onere remanebant; nisi substitutus, aut conjunctus aliquis fuisset; nam alteruter excludebat heredem *L. unica h. t.* §. 3. Dico sine onore; quia perraro illud sequitur legatum, quod intercidit, exceptis certis casibus jure expressis *L. ult. D. de his quae pro non script. L.* 26. §. 6. *D. de fideic. lib.*

,, Secundi generis exempla erant, cum legatarius vivo testatore decedebat, aut conditio adjuncta deficiebat, quod veteres dicebant *in causa caduci*; quia id non residebat penes heredem, sed proinde occupabatur a fisco, atque si caducum esset. Hodie defertur substituto, coheredi, vel collegatario, tandem ei, a quo legatum relictum est; sed his omnibus defertur, et conceditur cum onere, tali legato annexo, sive in dando, sive in faciendo consistat, ut

ei qui lucrum facit, onus incumbat. Nam et olim caduca fisco deferebantur cum onere legatorum *L. un. h. t.* §. 4.

,, Tertii generis erant ea quae *proprie caduca* vocantur; quae cum relicta essent capaci, deficiebant post mortem testatoris aliqua ex causa, et ab eo cadebant in fiscum, ut puta si heres vel legatarius ante apertas tabulas, et aditam hereditatem decessisset, vel in peregrinitatem redactus esset, amissa civitate romana, ut quia deportatus in insulam, quae peregrinitas eo casu pro mortuo habebatur *L.* 1. §. *filium D de bonor. posses. contra tab. Perezii Praelectiones in lib.* 6. *Cod. tit.* 51. *de caducis tollendis n.* 1. *ad* 3.

,, Relativamente alla caducità, dicono gli autori delle pandette francesi, si è fatta la questione per sapere, quando il testatore istituendo un' erede gli sostituiva altri volgarmente, e questo erede moriva prima del testatore, se il sostituito che gli sopravviveva dovesse raccogliere la eredità a preferenza dell' erede naturale. I giureconsulti romani decisero ragionevolmente per l' affermativa perchè è evidente che il testatore ha voluto aver per erede l' uno o l' altro; il caso della sostituzione è avvenuto.

,, Ma si domanda se nel nostro dritto l'erede che nel medesimo caso è morto dopo la morte del testatore, senza essersi spiegato sopra l' accettazione o la rinunzia della eredità, la trasmette a suoi eredi, allontanandone il sostituito?

,, Papon e Furgole insegnano la negativa. Nondimeno si può objettare, che secondo la regola confermata, ed adottata dal codice civile » il possesso passa *ipso jure* nell' erede » l'erede istituito ha raccolto l' eredità, e l' ha trasmessa a suoi eredi; che in conseguenza egli ha fatto mancare il caso della sostituzione, perchè è morto erede; che egli aveva solamente il dritto di cancellare questa qualità, secondo l' altra massima del nostro dritto ,, niuno è erede suo malgrado ,, ma lo è stato pel solo fatto di non aver manifestata una volontà contraria, il che basta; e che in conseguenza nel solo caso che i suoi eredi rinunziassero, potrebbe il sostituito esser chiamato.

,, Siffatte obiezioni sono solidissime. Nel dritto romano che ammetteva il possesso legale non s' incontrava difficoltà, perchè l'erede che moriva senza accettare, non trasmetteva; ma nel nostro dritto la difficoltà è grande.

,, Intanto la opinione di Papon, e di Forgole è confermata dall' ordinanza del 1747. la quale decide, che chi è chiamato a raccogliere una sostituzione, trovandosi morto senza aver fatto nè espressamente nè tacitamente alcun atto di erede, vien riputato di non averla raccolta, e non dee esser contato pei gradi. Ma oltre che questa ordinanza più non sussiste, essa è in un caso alquanto differente.

,, La sola fra le ragioni impiegate da Papon che può determinarci ad adottare la sua opinione è che il testatore dee presumersi di aver avuto più affetto pel sostituito, cui ha chiamato in luogo dell' istituito che per gli eredi di quest' ultimo. Esso ha voluto che se l' istituito non avesse raccolti i suoi beni, questi fossero appartenuti al sostituito; e li ha abbandonati al corso ordinario delle successioni nel solo caso che il primo non avesse realmente profittato; diversamente egli non avrebbe sostituito. *Osservaz. all' art.* 1039. *del cod civ.*

» §. 51. Ogni disposizione testamentaria » fatta sotto condizione che dipenda da incerto avvenimento, e tale che secondo la » mente del testatore non debba eseguirsi se » non quando si verifichi o non si verifichi » l' avvenimento, sarà caduca se l' erede istituito o il legatario muoja prima che siasi » verificata la condizione. *Art.* 995. *Leg. civ.*

Sulla caducità della disposizione testamentaria, quando l' erede istituito, o il legatario muora prima dell' avveramento della condizione, sotto di cui il testamento è formato, Delvincourt ci fa riflettere, che sino a questo avveramento l' erede è proprietario della cosa legata; esso guadagna i frutti; se la cosa è *in causa usucapionis*, la prescrizione continua nella sua persona. Esso può alienarla, ipotecarla; ma le alienazioni e le ipoteche sono risolute di pieno dritto se il legatario è capace di ricevere il legato all' istante dell' adempimento della condizione, e s' egli effettivamente l' accetta, ed anche

pendente conditione, il legatario ha dritto di fare tutti gli atti conservativi necessarj.

2 Se il legato condizionale o a termine sia di una somma di danaro, e non vi siano immobili nella successione sui quali prendere iscrizione, può il legatario esigere una cauzione dagli eredi o dai legatarj a titolo universale? Si è giudicata la negativa in Nimes il 22 aprile 1812 (Sirey 2. parte pag. 220.) Ma mi sembra difficile l'ammettere questa decisione ch'è contraria egualmente alla opinione di Molineo sull'articulo 9 della costumanza di Parigi num. 7 ed 8 e di *Ricard* delle *disposizioni condizionali* n.° 185, ed in fatti non può presumersi che il testatore il quale lascia una pingue credità abbia inteso subordinare la esecuzione della sua volontà alla solvibilità o insolvibilità del suo erede. Era questa pure la dottrina delle romane leggi nel titolo delle pandette *Ut legator. seu fideicom. serv. causa caveatur.* E la legge 1 §. 2 di questo titolo ne dà la ragione: *nec sine ratione hoc Praetori visum est, sicut heres incumbit possessioni bonorum ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti; sed aut satis dabitur eis, aut si satis non detur, in possessionem bonorum venire Praetor voluit.* Io penso dunque che il legatario può esigere o una cauzione, o l'impiego di una sufficiente somma per assicurare la prestazione del legato. D'altronde non può egli domandare la separazione de' patrimonj, e non acquista egli con ciò il dritto di prendere tutte le necessarie misure per impedire la confusione de' beni della successione con quei dell'erede?

3 *Quid*, se la condizione sia di non fare? Bisogna distinguere. Se il testatore ha fissato un'epoca prima della quale ha egli proibito di fare, come in questo legato: ,, Io dono a Pietro s'egli non va in Roma da ora sino alla sua età maggiore ,,; la disposizione è realmente condizionale, e Pietro non raccoglierà il legato se non quando sarà giunto alla sua maggiore età senz'essere stato in Roma. *Quid* s'egli muore in età minore? Egli è certo che la condizione è adempiuta. Ma il legato non è egli caducato? La ragione di dubitare si è che la condizione non essendosi avverata che per la morte del legatario, può dirsi ch'egli non sia sopravvivuto all'adempimento della condizione. Ciò non ostante io penso che il legato sia valido, e debba essere soddisfatto agli eredi del legatario, poichè, come dice Vinnio sul §. 35. *Inst. de legatis Moriendi momentum vitae attribuitur quoniam viventes morimur.* Veggansi le leggi 4.§. 5 *D. Quando dies legat.*; e 79. D. *de cond. et demonst.*

,, Ma se non vi è fissata l'epoca per l'adempimento della condizione per es. ,, io dono a Pietro s'egli non va in Roma,, non è per stretto dritto, che alla morte di Pietro reso certo l'avveramento della condizione. Egli dunque non potrebbe in tempo di sua vita domandare il legato, e se questo si trovasse esser di uno usufrutto, avverrebbe che il suo dritto si aprirebbe e si estinguerebbe nello stesso momento. Era per prevenir questi inconvenienti che i Romani avevano immaginata la cauzione Muciana, per mezzo della quale il legatario poteva domandare il legato immediatamente, dando cauzione di restituirlo s'egli non adempiva alla condizione prescrittagli. I romani giureconsulti avevan pensato non potersi supporre nel testatore la intenzione da un lato di dare ad un individuo una parte de' suoi beni, e dall'altro di privarlo durante tutta la vita del godimento della cosa legata. Essi avevan dunque deciso che in questo caso la condizione sarebbe riguardata come un peso.

,, Queste disposizioni sono troppo ragionevoli per non applicarsi nel nostro dritto. E *Ricard delle disposizioni condiz. n.* 305. pensa con ragione, che sarebbe lo stesso nel caso della condizione la quale consistesse in una continuazione di atti che dovessero durare sino alla morte dal legatario, come ,, s'egli fa la tal cosa in ogni giorno in tutti i mesi della sua vita. ,,

,, Ma riflettete che i Romani non ammettevano la cauzione Muciana se non quando non era possibile che la condizione si avverasse vivente il legatario. Se vi era una sola vicenda nella quale essa potesse adempirsi prima della sua morte, allora il legato rientrava nella classe delle disposizioni veramente condizionali: non poteva dunque pretendersi che dopo l'adempimento effettivo della

condizione, e quando il legatario fosse sopravvissuto a questo adempimento (*LL.* 77. §. 2. e 101. §.3. *D. de cond. et demonstr.*) Essi eccettuavano pertanto il caso in cui il fatto che avrebbe potuto dar luogo all'avveramento della condizione durante la vita del legatario fosse del numero di quelli che chiamavansi *ominosa*. La legge 72. *eod.* ce ne somministra un esempio. Erasi fatto un legato ad una madre, a condizione ch'essa non abbandonerebbe mai i suoi figli. La condizione poteva a rigore avverarsi durante la di lei vita per la precedente morte di tutti i suoi figli. Per conseguenza, *stricto jure*, non doveva esservi luogo alla cauzione Muciana. Ma attesochè non si poteva supporre che il testatore avesse preveduto un così luttuoso avvenimento, l'Imperatore decise che la madre sarebbe ammessa a cauzione.

,, *Quid*, se la condizione è di fare, e che il testatore l'abbia adempito in vita? Le leggi romane decidevano in questo caso che il legato era nullo. (*L.* 72. §. 7. *D. de cond. et demonstr.*) A me sembra che sarebbe stato più giusto il decidere che la condizione essendo diventata impossibile doveva essere riputata come non scritta.

,, Avviene qualche volta che il termine è congiunto alla condizione, come in questa disposizione. ,, Se Tizio non ha figli da qui a cinque anni io dono e lego mille a Sejo:,, Tizio muore nel secondo anno. La legge 4. §. 1. *eod.* decide che il legato ha cessato di essere condizionale; ma che il termine sussiste sempre, e quindi non potrà esser esatto prima dello spirar del quinto anno. Sarebbe altrimenti se la condizione fosse potestativa, perchè allora il termine si presume apposto in favore del legatario a meno che non si provi il contrario (*LL.* 3. §. 14. *D. de statu lib.* e 41. §. 1. *D. de manum. testam.*

,, *Quid* di ciò che i Romani chiamavano *dies incertus?* Essi intendevano con ciò, come l'abbiam detto, un avvenimento la di cui epoca fosse incerta, quando anche fosse stata di natura ad arrivar certamente, come quella della morte di una persona diversa dal legatario, sia che fosse l'erede o un terzo. Il principio generale presso di essi era che *dies incertus conditionem in testamento facciebat.* (*L.* 75. *D. de condit. et demonstr*), e per conseguenza se il legatario moriva prima che l'avvenimento fosse giunto, la disposizione era caduca. Presso di noi secondo gli art. 1040. e 1041. (1996) questa sarebbe una quistione di fatto che dipenderebbe interamente dalla presunta intenzione del testatore. Ma io penso che, a meno che non risultasse evidentemente dai termini di cui si è servito, ch'egli non ha voluto legare se non nel caso in cui il legatario sopravvivesse alla persona indicata, dovrebbe generalmente riguardarsi piuttosto come un termine che come una condizione. E ciò mi sembra ancora doversi ammettere maggiormente, per la ragione, che se la clausola, *cum morietur heres*, fosse riguardata come una condizione, essa potrebbe importare la nullità della disposizione, perchè vi si potrebbe vedere un peso di conservare e di rendere: art. 896. (941.). Ora *actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat.*

,, Ma in tutti i casi in cui fosse apposto l'evento della morte civile di un terzo, sia come termine sia come condizione, la morte civile di questo terzo darebb'essa luogo ad esigere il legato? Io nol penso per la ragione che nel linguaggio dell'uomo la parola *morte*, come l'abbiam già fatto osservare, s'intende sempre della morte naturale (*Ricard* delle *disposiz. cond.* n.° 344.).

» Noi abbiam detto che riguardavasi come *dies incertus* il caso della morte di una persona diversa dal legatario, perchè il caso della morte del legatario era anche presso i Romani riguardato sempre come un termine, e non come una condizione: la ragione della differenza col caso della morte di un terzo si è che può accader la morte di costui dopo quella del legatario, il che non può aver luogo riguardo alla morte del legatario. Il momento della morte è sempre riguardato come facendo parte della vita: *momentum mortis vitae tribuitur*. Egli è dunque certo che l'avvenimento » quando il legatario morirà » accaderà durante la sua vita. Esso è dunque soltanto un termine il di cui effetto è che il legato non è esigibile che dopo la sua morte. Ma ciò non è contrario a quello

che abbiam detto più sopra relativamente alla cauzione Muciana, di non potersi cioè presumere nel testatore la intenzione di privare il legatario, durante tutta la sua vita, della somma o della cosa legata? Ora fa d'uopo rispondere con *Ricard*, che per verità su questa presunzione è fondata la cauzione Muciana, perchè effettivamente è ragionevole di ammettere questa presunzione, quando nulla annuncia una contraria volontà del testatore. Ma qui questa volontà contraria esiste. Facendo il legato con questa clausola » quando il legatario morrà » il testatore ha chiaramente manifestata la espressa intenzione ch'esso non fosse soddisfatto se non dopo la sua morte. Ora è una massima che ogni presunzione dee cedere alla verità.

» Osservate 1.° che se la incertezza dell'epoca risulta non dal tenore della disposizione, ma dalla sua natura *extrinsecus* come dice la legge 99. *D. de condit. et demonstr.* la disposizione non si reputa condizionale. Esempio » Io dono e lego a Pietro le mercanzie caricate in tal nave ch'è sul mare: » benchè l'epoca dell'arrivo della nave sia incerta, tal disposizione non è perciò meno considerata come pura e semplice, e per conseguenza trasmessibile agli eredi del legatario s'egli venisse a morire prima di arrivare la nave. *Ricard delle disposiz. condiz.* num. 35. e l. 6. §. 1. *D. Quando dies legat.* È lo stesso del legato de' frutti che saran prodotti da tal podere nell'anno che seguirà quello della morte del testatore *L.* 20. *eod.*

» 2.° Che il pronome *che* forma talvolta dimostrazione, talvolta peso o condizione. Esso forma dimostrazione quando si riferisce al tempo passato o al tempo presente » Io dono a Pietro che ha fatto la tal cosa » Applicate allora ciò ch'è detto più sotto nel fine della seguente nota. Il pronome *che* forma peso o condizione quando si rapporta al tempo futuro: » Io dono a Pietro che farà la tal cosa. » Nel primo caso si può supporre nel testatore la intenzione d'indicare più specialmente il legatario. Nel secondo caso, non glie se ne può supporre altra che quella d'imporgli un peso o una condizione; ma nel dubbio io penso che debba essere riguardato piuttosto come un peso che come una condizionee

» 3.° Che acciò vi sia condizione bisogna che la disposizione sia subordinata ad un avvenimento incerto e futuro. Poichè se accadesse nel momento della morte del testatore, non vi sarebbe condizione, quando anche il fatto fosse ignorato, e se il legatario morisse prima che si avesse avuto conoscenza dell'avvenimento, egli non trasmetterebbe meno il suo dritto a suoi eredi L. 10. §. 1. e L. 1. *D. de condit. et demonstr.*

» Riflettete che può avvenire che il testatore si avvalga della voce condizione senza che la disposizione sia perciò condizionale. Esempio » Io dono la mia casa a Pietro a condizione ch'egli darà mille scudi a Paolo » Quest'ultima disposizione è un peso, detto nel roman dritto *modus*, e non una condizione. Vi è bene questa rassomiglianza tra il peso e la condizione, che la non esecuzione del peso, come l'inadempimento della condizione, annulla il legato. Ma vi è questa differenza, che se vi sia semplicemente peso, il legato è dovuto dall'istante della morte del testatore, purchè il legatario gli sopravviva, e s'egli muore prima che gli sia stato consegnato, il legato passa ai suoi eredi *cum onere*. Il legatario può dunque esigere la consegna del legato, prima di aver soddisfatto il peso, ma dando cauzione pel suo adempimento; ed anche coll'obbligo di restituire quel che ha ricevuto s'egli non adempie: anzi se l'oggetto legato *cum onere* è un immobile, io penso che colui a favore del quale il peso è imposto ha su questo immobile l'ipoteca legale risultante dall'articolo 1017 (971).

» Nel caso di sopra proposto, se Paolo è morto prima del testatore, la disposizione fatta in suo favore è caducata. Ma in vantaggio di chi tornerà essa? Lo sarà a profitto di Pietro, o dell'erede del testatore? Bisogna applicar qui il principio, *eundem sequi debent comoda quem sequuntur onera*. Il vantaggio della caducità deve dunque appartenere a colui che sarebbe stato obbligato a soddisfare il peso se la disposizione non si fosse caducata. Nel caso, apparterrà dunque a Pietro *jure non decrescendi*. Questa è l'opinio-

ne di Ricard, delle donazioni, parte 3. n. 504 fondata su la legge 17. *D. de legatis* 2. e sulla legge unica §. 7. *Cod. de caducis tollendis*.

» *Quid*, se Pietro premuore, e che Paolo sopravviva al testatore? Secondo il principio ora enunciato, *eundem sequi debent comoda*, il peso debb' essere soddisfatto da colui che profitta della caducità della disposizione principale (detta legge *de cad. toll.* §. 4.) Nella specie, la casa tornerà dunque all' erede del testatore *cum onere*. Ed in fatti egli è certo che il testatore ha preferito Pietro al suo erede, ma che ha preferito Paolo a Pietro. Dunque a *fortiori* egli ha preferito Paolo al suo erede, giusta la regola: *si vinco vincentem te, a fortiori vinco te*.

» *Quid*, se Paolo muore dopo il testatore, ma prima che il peso abbia potuto essergli soddisfatto? Paolo essendo veramente legatario, come andiamo a dimostrarlo or ora, io penso, che nel caso proposto egli trasmetterà il suo dritto ai suoi eredi.

» *Quid*, se il peso consiste in una cosa da farsi? Bisogna distinguere. Se essa è di tal natura che possa esser adempiuta da qualunque persona, colui che trae vantaggio dalla caducità della disposizione principale è tenuto ad adempirvi. Ma se sia tale da non poter essere adempiuta che dal legatario, per es. s'egli è un pittore, e che il peso consista nel dargli un quadro da lui dipinto, egli è chiaro che il peso non passa ad altri, *L. un.* §. 9. *Sin vero talis cond. de cad. toll.*

» *Quid*, se il legato fatto con peso è trasferito ad un altro dallo stesso testatore, passa esso *cum onere*? Bisogna pure distinguere. Se veramente vi è trasferimento, come se siasi detto: « Quel che io ho donato a Tizio, lo dono a Mevio » esso passa *cum onere*. Ma se vi è prima adempimento o rivocazione di legato, ed in seguito disposizione della cosa a vantaggio di un altro senza menzione di peso, com'è realmente un secondo legato, il quale è fatto senza alcun peso, il secondo legatario non vi è tenuto. Deve dirsi lo stesso della condizione. *L.* 95. *D. de condit. et demonst.*; salvo tuttavia il caso in cui il peso o la condizione *personae cohaereret*, vale a dire fosse di natura da non poter esser adempiuta che dal primo legatario. Poichè allora come abbiam detto, essa non passarebbe in alcun caso al secondo.

» *Quid*, se i legati sono suscettibili ad esser ridotti per formar la legittima o pel pagamento dei debiti, debb' essere il peso ridotto nella stessa proporzione? Io penderei volentieri per l'affermativa. La disposizione di cui noi parliamo contiene realmente due legati: l'uno della casa, meno mille scudi a Pietro; e l'altro di mille scudi a Paolo. Ciò è tanto vero, che, come abbiam ora veduto, il legato fatto a Paolo sussisterebbe, quando anche quello di Pietro fosse caducato. Può benanche dirsi che Paolo è ancor più di Pietro legatario del testatore, poichè egli l'ha preferito a quest' ultimo. Ora s' egli è legatario, deve soffrire la riduzione proporzionale, sia per i debiti, sia per la legittima (argomento tratto dalla legge 34. §. 4. *D. ad leg. falcid.*)

» *Quid*, se nel legato principale si dà luogo ad una diminuzione per altra causa, *puta* per motivo di perdite sopravvenute, o di alienazioni fatte dopo il testamento? La legge 4. § 49. *D. de cond. et demonstr.* decide che in questo caso il peso deve scemare nella stessa proporzione. Sarebbe altrimenti se la perdita fosse avvenuta dopo l'accettazione del legato. Mediante quest' accettazione il legatario è diventato debitore del peso; *et incendium ere alieno non exuit debitorem*.

» Poichè Paolo è veramente legatario nel proposto caso, bisogna conchiudere ch'egli non potrà raccogliere il benefizio del peso, se non quando sia capace di ricevere dal disponente. Altrimenti sarebbe procurar il mezzo più facile di eludere le disposizioni della legge relative agl'incapaci. Ma s'egli è capace, ciò che doveva essergli dato rimarrà a Pietro *jure non decrescendi*, e ciò per le stesse ragioni che ci han di sopra determinato nel caso della precedente morte di Paolo. Vi è anche una ragione dippiù, ed è che il peso o la condizione essendo in questo caso contraria alle leggi, debb' essere riputata non scritta. Il disposto della legge 55. *D. de cond. et demonstr.* sembra opporsi a questa opinione. Ma io non penso che questa disposizione resa nel senso delle leggi *caducarie*, sia am-

messa nel nostro dritto. Quindi vediamo essersi giudicato conformemente al parere che noi emettiamo dal parlamento di Parigi, coll' arresto de' 13 maggio 1702 riferito nell' antico *Denisart*, *verbo Dispos. cond.*, n. 21. Deve dirsi lo stesso se il terzo ricusa di accettare ciò che forma l' oggetto del peso (*L.* 3. *D. de condit. instit.*).

» Io penso dunque che bisogna tenersi al principio generale, (e senz' altra eccezione che quella della contraria volontà del testatore) che in ogni volta in cui il terzo non raccoglie il beneficio del peso, esso va in vantaggio di colui ch'era incaricato di soddisfarlo.

» Ma se Paolo raccoglie, qual'è la natura del suo dritto? Ha egli un' azione? Qual' è quest' azione? E contra di chi può esercitarla?

» Noi vediamo dalla legge 2, *cod. de his quae sub modo*, ec. che nell' antico dritto romano il terzo disegnato a raccogliere il peso non aveva azione. Soltanto se il legatario non obbediva alla volontà del testatore, l' erede aveva il dritto di ripetere la cosa legata coll' azione chiamata *condictio causa data, causa non secuta*. In seguito si diè al terzo l' azione diretta; e sarebbe lo stesso tra noi secondo l' articolo 1121 (1075). In conseguenza, nella specie, Paolo potrà agire sia contra di Pietro sia contra l' erede se Pietro non ha raccolto il legato. Articolo 1017 (911). In quanto alla natura dell' azione, io penso che vi sia questa differenza, che Pietro essendo obbligato in forza del quasi contratto risultante dall' accettazione del legato, Paolo avrà contra di lui un' azione personale senza pregiudizio dell' azione ipotecaria sulla casa legata, mentre che l' erede non essendo tenuto se non per l' effetto della caducità del legato principale, debb' essere assimiliato al terzo detentore, il quale è tenuto *propter rem ipsam*: in conseguenza, debb' egli essere ammesso a liberarsi dalla prestazione del peso, abbandonando la cosa legata.

» Se il legatario ricusa di eseguire il peso può domandarsi la rivocazione del legato? Bisogna distinguere: se il peso è a vantaggio di un terzo, costui non ha interesse a domandar la rivocazione del legato che tornerebbe ad utile del solo erede. Ma se il peso è a vantaggio dell' erede, io penso che costui potrà a sua scelta domandare o la esecuzione della disposizione, o la rivocazione del legato. Il peso in questo caso è assimigliato ad una tacita condizione risolutiva: si applicherà dunque l' articolo 1184 (1137). Ciò potrebbe anche applicarsi al caso in cui il peso o l' incarico non fosse a vantaggio dell' erede, se consistesse in un fatto non apprezzabile, come sarebbe quello di sposare una persona.

» Il legatario gravato di un peso può senza dubbio ricusare il legato, poichè lo potrebbe quando anche il legato fosse gratuito; ma *quid*, se gli sono stati fatti due legati, uno col peso, l' altro senza, può egli accettare il secondo e rinunziare il primo? No; egli deve accettarli o rinunziarli tutti e due *L.* 22 *de fideicomm. libert.* Ricusando di eseguire la volontà del defunto, egli si rende indegno delle di lui liberalità.

» Sarebbe diversamente se le due disposizioni fossero fatte con due atti di diversa natura, puta, se gli fosse stata fatta una donazione tra vivi pura e semplice e senza peso, e che il donante abbia fatto in seguito un legato a favore dello stesso donatario, ma con peso o condizione, la rinunzia del legato non impedirebbe la sussistenza della donazione.

» *Quid*, se il legatario è evitto nell' oggetto legatogli?

» Egli è libero dal peso se non l' ha soddisfatto. Altrimenti egli ha l' azione per farsi restituire se l' adempimento del peso abbia giovato a qualcheduno, e se la restituzione può aver luogo.

» Se la cosa legata con peso è un corpo certo, la proprietà passa al legatario? Sì; ma è una proprietà risolvibile nel caso che non adempisse al peso impostogli. La cosa n' è talmente affetta, che se sia un immobile, questo possa collo stesso peso nelle mani di qualunque detentore, contra il quale potrà in conseguenza esercitarsi la domanda di revindicazione (argomento tratto dall' articolo 954 (879) salvo al detentore di offrire di soddisfar egli stesso il peso imposto, se tuttavia esso è di natura da potersi da chiunque indistintamente adempire.

» *Quid*, se il peso non può esser soddi-

sfatto dal legatario? Se la impossibilità è assoluta, il peso debb'esser riputato come non scritto, articolo 900 (816) e *L.* 1. *Cod. de his quae sub modo ec. e* 92. §. 1. *de legatis* 1. *secus* la impossibilità è soltanto relativa alla persona del legatario. *L.* 4. *D. de statu liber. Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5. *nota* 245 *al tit.* 4.

§. 52. » La condizione che secondo la » mente del testatore altro non fa che sospendere l'adempimento della disposizio- » ne, non impedisce, che l'erede istituito o il » legatario vi abbia un dritto acquistato e » trasmessibile ai proprj eredi *Art.* 996. » *Leg. civ.*

Se un testatore lega un fondo stesso a due individui, ad uno puramente, e semplicemente, all'altro con condizione; reso caduco il legato per quest'ultimo il fondo apparterrà libero al primo per intero? Giuliano risponde affermativamente.

» Si separatim mihi totus fundus pure, tibi sub conditione legatus fuerit et tu decesseris, ante quam conditio extiterit, non habeo necessitatem implere conditionem; ut pote, cum etiam si conditio defecerit (*te vivente*) pars quam vendicaturus eras mihi accrescat (*Idest non diminuatur*) *L.* 30. *D. de conditionib. et demonstrat.*

Casus. Titius legavit mihi fundum Titianum pure, et postea legavit tibi eundem fundum sub conditione, et decessit; et postea tu decessisti antequam impleretur conditio apposita tuo legato, certe debeo habere totum fundum; nec est mihi necesse implere conditionem; nam etsi te vivente dicta conditio defecisset, remaneret pars fundi quam vendicaturus eras, si te vivente conditio extitisset. *Vivianus.*

» Si chiamano caduche nel senso del codice dice Toullier, le disposizioni testamentarie accidentalmente decadute o private del loro effetto per cause diverse da un vizio che le annulla nel loro principio.

» Così le disposizioni testamentarie cadono o divengono caduche, 1. se il legatario muore prima del testatore, art. 1039. (998); 2. se rifiuta di accettare il legato; articolo 1043. (998.); 3. se non può conseguirlo per causa d'incapacità, art. 1043. (998.) 4. se la cosa legata è interamente perita, sia prima, sia dopo della morte del testatore senza colpa dell'erede o di altro debitore del legato; 5. per mancanza di essersi verificato, durante la vita del legatario, l'avvenimento, sotto la di cui condizione si è fatta la disposizione; art. 1040. (995.).

» La caducità nel primo caso è fondata sul principio che i legati sono personali, e che il testatore nel dare ha considerato la sola persona del legatario e non quella de'suoi eredi, a differenza delle convenzioni nelle quali colui che stipula si presume sempre stipulare per se, e pe' suoi eredi. Non vi sarebbe dunque caducità se il legato si fosse fatto al legatario ed a'suoi eredi; nè se sembrasse dalle circostanze che il legato si fosse fatto al titolo di cui l'individuo era rivestito, piuttosto che alla sua persona; per esempio, al direttore di un ospizio, al curato o al vicario di una parocchia, ec.

» Se il legatario muore prima che siesi verificata la condizione, non vi è caducità, quante volte la condizione altro non facesse che sospendere l'adempimento della disposizione, e non la stessa disposizione: articolo 1040. (996.), imperocchè in ogni donazione testamentaria si debbono distinguere due cose la disposizione e la esecuzione. Ancorchè la esecuzione sia sospesa per un avvenimento o per una condizione, la disposizione non è meno irrevocabile, non dà meno al donatario un dritto trasmessibile a' suoi eredi, se muore prima che siasi verificata la condizione che sospendeva la esecuzione.

» All'incontro se la disposizione è sospesa per l'avvenimento di una condizione, bisogna distinguere le donazioni fra vivi dalle donazioni testamentarie. Nelle prime, come in tutti gli atti fra vivi, la condizione può verificarsi utilmente dopo la morte del donatario, che trasmette la speranza a'suoi eredi se muore prima che siasi verificata la condizione. *Instit. de verb. oblig.* §. 4. perchè colui che stipula si presume sempre stipulare per lui e pe' suoi eredi. Nelle seconde, la condizione non può utilmente verificarsi dopo la morte del legatario, *intercedit legatum si ea persona decesserit cui legatum est sub conditione. L.* 59. *D. de condit. et demonst.*

perchè il legato non presumendosi fatto se non alla persona del legatario, la speranza ch' egli ne profitterebbe, sarebbe svanita colla sua morte, ed in conseguenza non può trasmetterla a' suoi eredi, in favore de' quali non si è fatto il legato.

» Così la esistenza delle disposizioni testamantarie fatte sotto condizione è doppiamente incerta; imperciocchè 1. esse non avranno avuto esistenza, saranno caduce, se non si verifica la condizione; 2. esse non avranno neppure avuto esistenza, saranno caduche, ancorchè la condizione si verifichi, se però il legatario muore prima che siasi verificata.

» Da ciò ha origine la regola che riguardo a' testamenti, il termine o il giorno incerto equivale ad una condizione. *Dies incertus conditionem in testamento facit L. 75. D. de condict. et demonstr.* Regola che si applica non solo al caso in cui è incerto se giungnerà il giorno al dato termine, per esempio io dò a Tizio quando avrà ventun' anni, ma altresì al caso in cui è certo che giungnerà il giorno, quando è incerto se giungnerà durante la vita del legatario: per esempio, io lego 10000 franchi a Tizio, quando Mevio morrà. È certo che Mevio morrà, ma è incerto se Tizio gli sopravviverà; e se non sopravvive, il legato diverrà caduco.

» Io voglio che mio figlio, quando morrà, dia 1000. franchi a Paolo o pure io dono 1000. franchi a Paolo alla morte di mio figlio. Papiniano *L. 79. §. 1. de condit. et demonstr.* decide che questo legato è condizionale; imperocchè, sebbene sia certo che mio figlio morrà, è però incerto se Paolo gli soppravviverà. La incertezza della sua sopravvivenza fa degenerare il giorno certo in condizione.

» All' incontro io gravo mio figlio di dare il fondo Corneliano a Paolo, quando quest' ultimo morrà. La disposizione di questo legato è pura e semplice; la esecuzione o la esigibilità n' è soltanto sospesa; il legato passa agli eredi di Paolo. *Purum est legatum*, dice lo stesso Papiniano. *ibid. in principio*, *quia non conditione, sed mora suspenditur*, *non potest enim conditio non existere*. La proprietà è trasferita a Paolo, quantunque non possa esigerne il rilascio durante la sua vita. Può dunque vendere ed ipotecare la proprietà che gli appartiene, ed a cui si riunirà nella sua morte l' usufrutto; imperciocchè tal legato si riduce al seguente: Io lego a Paolo la proprietà del fondo Corneliano, e l'usufrutto a mio figlio ed a' suoi eredi durante la vita di Paolo.

» Io dono a Paolo 3000 franchi che gli saranno numerati nel giorno della sua maggiore età. In ciò non vi è se non un termine e non una condizione. Se Paolo muore prima di esser giunto alla sua età maggiore, il legato è trasmesso a' suoi eredi, che potranno esigerlo nel tempo in cui Paolo fosse pervenuto agli anni ventuno.

» Questi principj fondati sulla ragione sono consecrati dagli articoli 1040 e 1041 (995 e 996) che portano » Ogni disposizione testamentaria fatta sotto condizione che dipende da incerto avvenimento, e tale che secondo la mente del testatore, non debba eseguirsi se non quando si verifichi o non si verifichi l'avvenimento, sarà caduca, se l' erede instituito o il legatario muoja prima che siasi verificata la condizione » Articolo 1040. (995).

» La condizione che, secondo la mente del testatore, altro non fa che sospendere l' adempimento della disposizione, non impedisce che l' erede istituito o il legatario, vi abbiano un dritto acquistato e trasmessibile a' proprj eredi: art. 1041. (996.).

» Ma la quistione di sapere se il testatore ha voluto stabilire un termine o una condizione, può spesso esser dubbia: per esempio, io dono a Paolo quando sarà giunto alla sua maggiore età, si può domandare se io ho voluto stabilire una condizione o un termine. Questa è una quistione d' intenzione che dipende molto dalle circostanze: essa è abbandonata alla sagacità ed alla prudenza de' giudici dagli articoli 1040 e 1041 (995 e 996). *Voluntatis defuncti quaestio in aestimatione judicis est· L. 7. Cod. de fideicomm.* Il testatore che vuol prevenire ogni interpetrazione arbitraria deve aver cura di spiegare la sua volontà senza equivoco. Non ve ne sarebbe, se avesse detto: Io dono a Paolo se perviene alla sua maggior età, o io dono a Paolo una somma di... che gli sarà numerata nel giorno della sua maggior età. Biso-

gna raccomandare sopra tutto a notaj di metter chiarezza nelle loro redazioni. *Toullier. Corso di dritto civile vol.* 5. *n.* 671. *a* 679.

Per ciò che riguarda il sospendere la condizione che vuole il testatore sino all'avvenimento della sua disposizione, osserva Delvincourt che » ciò è molto difficile a discernere in pratica. Possono citarsi gli esempj seguenti di queste due specie di legati: » Io dono e lego a Pietro, se giunge all'età di venticinque anni: » il legato è condizionale e non trasmessibile. » Io dono e lego a Pietro dieci mila franchi, pagabili quando egli avrà venticinque anni: » il legato è a termine; e se Pietro muore, i suoi eredi potranno esigere il legato nell'epoca in cui egli sarebbe giunto ai venticinque anni. Nel primo caso la clausola è inerente alla sostanza stessa del legato; nel secondo essa non riguarda che l'epoca del pagamento.

» Inoltre per riunire in un sol punto le clausole principali che possono modificare i legati in generale, noi diremo che la disposizione può esser condizionale, a termine, causata, rimuneratoria, con peso, o dimostrazione. Abbiam fatto conoscere bastantemente quando la disposizione debba essere riguardata come condizionale. In quanto alle distinzioni tra le diverse specie di condizioni, e la maniera in cui debbono essere adempiute, vedete in appresso il titolo de' contratti in generale cap. 3. sez. 2.

» Il termine è di due specie: il termine *ad quem*, vale a dire che indica l'epoca alla quale la disposizione cesserà di eseguirsi: Esempio: » Io dono e lego a Pietro mille franchi di annua pensione sino alla sua maggiore età. » Questo termine non sospende l'esigibilità della disposizione, ma l'annulla per l'avvenire quando esso è spirato: ed il termine *a quo* il quale indica per contrario l'epoca in cui la cosa comincerà ad esser esigibile. Esempio: » Io dono e lego a Pietro mille franchi pagabili un anno dopo la mia morte » Queste due specie di termini possono rincontrarsi nella stessa disposizione.

» La disposizione *causata* è quella che contiene la enunciazione di un motivo qualunque anteriore alla morte. Quando il motivo si riferisce ad un tempo posteriore alla morte, allora è messo nel numero de' pesi, presso i romani *modus*. Vi è questa differenza che la falsità del motivo anteriore alla morte può non annullare la disposizione, come si è detto nella citata nota, i di cui principj debbono applicarsi ai legati: *Falsa causa non vitiat legatum*; mentre che la non esecuzione del peso per colpa del legatario, dà sempre luogo contro di lui ad un'azione, sia per la nullità della disposizione, sia per i danni ed interessi.

» La disposizione *rimuneratoria* è, come l'abbiam pur detto, quella fatta per ricompensare servizj già resi. Essa non è veramente donazione se non quando i servizj non fossero tali da produrre una obbligazione naturale o che il dono eccedesse l'ammontar del valore al quale potrebbero esser essi apprezzati; ed in quest'ultimo caso essa è donazione soltanto per l'eccedente.

» Noi abbiam qui sopra veduto quel che si debba intendere per un peso aggiunto ad una disposizione.

» La *dimostrazione* può cadere o sulla cosa legata o sulla persona del legatario. È in generale tutto quello che il testatore aggiunge per disegnare più chiaramente la cosa o la persona. Il principio generale si è, *falsa demonstratio non vitiat legatum*; ma purchè tuttavia si possa discernere qual sia la cosa legata, o la persona che il testatore ha voluto gratificare. Poichè altrimenti egli è evidente che il legato sarebbe nullo. Così in questa disposizione: » Io dono a Pietro il mio casino di Passy che ho comprato da Giacomo: » il legato non sarebbe men valido, quando anche in vece di essersi comprato questo casino da Giacomo, fosse pervenuto al testatore dalla eredità di Guglielmo (*L.* 17. *D. de condit. et demonstr.* e 28. *D. de rebus dubiis*). Ma se il testatore, avendo molti casini, si esprime così: » Io lego il mio casino che ho comprato da Giacomo » e si trova che tra i casini suoi non ve n'è alcuno, ch'egli abbia comprato da Giacomo, come allora è impossibile determinare qual sia la casa di campagna ch'egli ha voluto legare, il legato sarà nullo. Vedesi da ciò che anche in quest'ultima ipotesi il legato sarebbe valido, se non vi fosse che un solo casino nel

la successione. Egli è lo stesso riguardo alla persona se il testatore avendo al suo servizio da due anni un domestico chiamato Roberto, gli fa un legato in questi termini: » Io lego a Roberto mio domestico, che è stato al mio servizio da venti anni » il legato è valido. Ma se essendovi molti domestici, niuno de' quali sia al suo servizio da venti anni, egli ha detto: » Io dono a colui de' miei domestici che da venti anni mi serve » il legato è nullo.

» Evvi ancora quel che si chiama in dritto *assegnato dimostrativo*. Esempio: » Io dono e lego a Pietro mille franchi da prendersi da quelli che mi sono dovuti da Paolo. » In questo caso se dal tenore del testamento nulla si rilevi che dia luogo a presumersi di aver voluto il testatore limitare il suo dono a ciò che gli è dovuto da Paolo, si presumerà che le parole *da prendersi* ec. siano state da lui aggiunte unicamente nell'interesse del legatario, e per facilitare il pagamento del suo legato. In conseguenza, quando nulla fosse dovuto da Paolo nella morte del testatore, o che foss' egli diventato insolvibile, Pietro non ha meno il dritto di reclamare li mille franchi. Sarebbe altrimenti se si fosse detto. » Io lego a Pietro li mille franchi che mi sono dovuti da Paolo. » In questo caso l'assegnazione è limitativa. L'articolo indica che il testatore non ha voluto legare che li mille franchi dovuti da Paolo; e se questi nulla deve, il legato è nullo. Se Paolo è insolvibile, l'erede è liberato cedendo al legatario le azioni che può avere contra il debitore (*L.* 75. §. 2. *D. de legatis* 1).

» Il principio *falsa demonstratio non vitiat legatum* si applica pure al caso in cui la falsa dimostrazione cade sulla persona del legatario; se questa persona è certa ed esistente, in qualunque maniera che il testatore l'abbia disegnato, il legato è valido (*L.* 4. *Cod. de testam.*) Ciò nonnostante se la persona del legatario fosse stata disegnata con una falsa qualità, e che possa presumersi che sia stata questa qualità creduta vera dal testatore, quella che l'ha determinato a così disporre, il legato sarà nullo. (*L.* 4. *Cod. de hered inst.* e 5. *Cod. de testam.*) *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5. *nota* 247 *al tit.* 4.

» §. 53. Il legato diviene caduco, se la » cosa legata è interamente perita durante la » vita del testatore.

» Sarà lo stesso se perisca dopo la di lui » morte senza fatto e colpa dell'erede, ben» chè costui sia stato costituito in mora per » lo rilascio quando la cosa avrebbe dovuta » egualmente perire tra le mani del lega» tario. *Art.* 997. *Leg. civ.*

Giustiniano anche dispone che la perdita della cosa legata avvenuta senza fatto dell'erede vada a danno del legatario.

» Si res legata sine facto heredis perierit legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. *Instit. Lib.* 2. *de legatis* §. 16.

Ritorna del pari a danno del legatario la perdita della cosa legata avvenuta dal fatto di un terzo. Così Paolo.

» Si servum quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem plerique in eum dandam recte putant (*scilicet, mihi stipulanti, non debitori aliquo, quia a me est liberatus interitu speciei alio occidente*), qua tu a me liberatus sis, ideoque legis aquiliae actio tibi denegetur. *L.* 19. §. *ult. D. de dolo molo.*

» Primamente egli è chiaro, dicono gli autori delle pandette francesi su l'articolo in esame, che questa disposizione può convenire solamente ai legati di cose certe e determinate, o al più al legato indeterminato compreso in un certo numero di cose designate: se pee es. il testatore ha legato uno de' suoi cavalli, il cavallo ch'è oggetto del legato è indeterminato, ma è circoscritto nel numero de' cavalli che il testatore avrà in tempo della sua morte. Se adunque in tal tempo egli non ha cavalli, il legato è caduco; e se dopo la sua morte tutti i cavalli, che avea, periscono in uno de' casi preveduti dal nostro articolo, il legato anche è caduco; ma se rimane qualche cavallo, ancorchè ne avanzi uno solamente, il legato è dovuto.

» Pel contrario è evidente che il legato di una cosa puramente indeterminata, come una somma di denaro, una data quantità di olio, di vino, un certo peso di oro o di argento, non può divenir caduco nella maniera espressa in questo articolo.

» Riguardo al legato di una cosa certa esso diventa caduco colla estinzione della cosa legata, sia questa corporale o incorporale; quindi il legato di un credito riscosso dal testatore dopo il testamento è caduco perchè il credito più non sussiste, ed è stato estinto col pagamento *L.* 21 *D. de liberat. legat.*

» Il legato di due cose non può divenir caduco, se non colla estinzione dell' una, e dell' altra cosa legata, perchè se ne rimane una il legato è dovuto.

» Se però l' erede aveva offerto una di queste due cose, ed aveva costituito in mora il legatario per riceversela, il legato diverrà caduco colla estinzione della cosa offerta, sebbene l'altra tuttavia sussista. Questa è una conseguenza del principio, che la obbligazione alternativa diviene determinata, mercè di una delle cose dovute che offre il debitore. Parimente per conseguenza delle regole delle obbligazioni alternative, se il legatario aveva la facoltà di scegliere fra le due cose legate alternativamente, ed avrà fatta la sua scelta, il legato diverrà caduco colla estinzione della cosa già scelta.

» La cosa legata si reputa estinta non solo quando è interamente perita, in maniera che niente più ne rimanga, ma anche quando la sua sostanza più non esiste a motivo di un cangiamento di fortuna tale che non permetta di ripristinarla nel suo stato primiero. Per un esempio dell' applicazione di questo principio le leggi romane arrecono il caso quando il testatore avendo legata la lana che possedeva, in seguito ne ha fatto fare degli abiti. Il legato è caduco, perchè realmente non vi è più lana, quantunque il corpo della lana legata ancora sussiste; ma essa non è più tale in sostanza. *L.* 88. *D. de legatis* 3.

» Per una illazione del medesimo principio, sebbene i corpi originariamente, componenti la cosa legata, più non esistono, se la sostanza sia ognora la stessa, il legato non è estinto: quindi comechè la cosa legata sia stata interamente ricostruita dopo il testamento, non perciò il legato non è dovuto. Lo stesso sarà di una greggia, in cui tutte le teste si sono rinnovate dopo il testamento. *L.* 24 §. 4. *D. de legatis* 1. *L.* 65. §. 1. *de legatis* 2.

» Vi è una distinzione da farsi riguardo alla estinzione della cosa legata, secondocchè avviene prima, o dopo la morte del testatore. Se avviene prima, basta che la cosa principale sia perita, perchè il legato sia del tutto caduco, nè il legatario può domandare ciò che ne resta: se un bue legato è morto il legatario non avrà dritto sul cuojo: se la casa legata è distrutta nè i materiali nè il terreno sono dovuti. *L.* 1. *D. de pecul. legat.* *L.* 49. *D. de legatis* 2. *L.* 88. §. 2. *D. de legatis* 3.

» Non sarà così se la estinzione della cosa accaderà dopo la morte del testatore. Avendo il legatario acquistato la proprietà del legato fin dal momento della morte, può chiedere l'accessorio della cosa principale legata ch' è perita, perchè ciò che rimane della mia cosa è mio *meam est quod ex re mea superest*: quindi negli esempj addotti il legatario potrà domandare il cuojo del bue legato ch'è morto dopo l'apertura del legato, i materiali ed il terreno della casa che crollò dopo la stessa epoca.

» È chiaro che bisogna applicare alle condizioni sospensive tutto ciò che abbiamo in ora detto della morte del testatore. Se la cosa legata perisce prima dell' avvenimento della condizione, gli accessorj che ne potranno rimanere non sono dovuti; ma se perisce dopo questo avvenimento il legatario potrà esigere quello che avanza. Si dee inoltre ben distinguere se tutte le cose comprese nel legato sieno accessorie le une delle altre, e se tutte sieno egualmente principali

» In generale gli accessorj di una cosa sono quelli che vi sono congiunti, e fanno corpo con essa; per esempio il cuojo di un bue, la coverta di un libro; ma le cose che derivano da un' altro, abbenchè ne dipendono, sono ancora cose principali quando ne sono separate. Sopra questo fondamento le leggi decidono che se la mia giumenta è legata coi suoi poledri, questi saranno dovuti, quantunque quella sia morta *LL.* 22. e 69. *D. de legatis* 1. Per una conseguenza del medesimo principio, se si è legato un fondo co'suoi frutti, e dopo essersi questi raccolti il fondo sarà portato via o coperto dalle acque, i frutti saranno dovuti, perchè non

più appartenendo al fondo, essi sono una cosa principale.

» Il nostro articolo decide giustamente che se la cosa legata perisce pel fatto, o per colpa dell'erede il legato non è caduco: in effetti siccome ognuno è garante de' proprj fatti, così questo erede non è liberato; e bisogna allora che esso o consegni una cosa simile, di egual valore o bontà, o che ne paghi la stima.

» L'erede per questo riguardo è tenuto per la colpa leggiera, perchè egli dee usare per la conservazione della cosa legata la diligenza di un buon padre di famiglia: che se poi sarà incaricato di consegnare la cosa legata senza profittarne in modo alcuno, cioè con tutti i suoi frutti dopo il momento della morte del testatore egli sarà tenuto soltanto per la colpa lata. *L.* 47. §. 5. *D. de legat.* 1. *L.* 22. §. 3. *D. ad Senatus. Trebel.*

» Quantunque la cosa legata sia perita senza il fatto e la colpa dell'erede, pure egli ne sarà ancora tenuto, se ciò accade dopo che sarà stato costituito in mora pel rilascio *L.* 39. §. 1. *D. de legatis* 1. salvo il caso che il legatario avrebbe egli stesso dovuto necessariamente soffrire questa perdita, quando anche fosse stato messo in possesso di siffatta cosa. *L.* 47. §. *ult. D. eod.* Se per es. la cosa legata è stata consumata in casa dell'erede costituito in mora, o dal fuoco del cielo, o da un incendio di cui questa casa è stata la preda, egli sarà tuttavia debitore del legato, perchè se lo avesse rilasciato, e fosse stato in possesso del legatario, non gli sarebbe avvenuto questo accidente.

» Ma se il fondo legato è stato devastato da un fiume, quantunque dopo la mora dell'erede questi vien liberato dal legato, perchè il rilascio non avrebbe sottratto il legatario da questa perdita.

» Se vi saranno più debitori del legato per es. più coeredi, soltanto quegli per la colpa di cui la cosa è perita, o che è stato costituito in mora ne sarà responsabile, e gli altri verranno liberati. *L.* 48. §. 1. *D. de legatis* 1. In questo i debitori del legato differiscono dai debitori solidali; infatti quelli non sono tali perchè sono tenuti pei legati come pei debiti; cioè ciascuno per la propria parte. *Osservazione all' art.* 1043 *del cod. civ.*

» §. 54. La disposizione testamentaria sarà » caduca, quando l'erede istituito o il lega» tario la ripudii, o si ritrovi incapace a con» seguirla. *Art.* 998. *Leg. civ.*

Delvincourt ci fa osservare che » si è annullato ad Aix il 5 giugno 1809 un legato così concepito: » I miei esecutori testamentarj rimetteranno una somma di quattordici mila franchi per la quale io gli ho fatto conoscere le mie intenzioni » e ciò abbenchè Pietro, che nel caso era prete, e godeva della migliore riputazione, avesse offerto di giurare ch' egli non era incaricato di rimetter la somma ad un incapace; e che egli avesse anche offerto di non farne l'impiego che a vista e saputa della persona che piacesse alla corte di nominare.

» La corte di Aix si decise per questi motivi: perchè l'oggetto della liberalità era incerto; perchè la destinazione del legato dipendeva dalla volontà di un terzo; e che per questo riguardo la disposizione era nulla. Ma è chiaro che tal decisione creò in questo caso un mezzo di nullità che non ha alcun fondamento nella legge. Non vi esiste nel codice un solo articolo donde possa dedursi che il legislatore abbia inteso abrogare l'antica legislazione romana e francese che convalidava i legati, ed anche le instituzioni fatte a vantaggio d'incerte persone. Questa verità è stata così ben riconosciuta dalla stessa corte, che per giustificare la sua assertiva è stata obbligata di ricorrere ad una frase del rapporto del tribunato sul titolo delle donazioni, e de' testamenti, nel quale dicesi che » in materia di disposizioni di beni non possono esservi altri dritti che quelli descritti dalle leggi: » donde il relatore conclude che » il progetto non ispiegandosi sulla facoltà di scegliere, il silenzio della legge bastava per avvertire di non poter più essere tale facoltà conferita.

» Niuno più di me rende giustizia ai talenti ed alla sagacità dell'autore del rapporto di cui si tratta: ma ciò non ostante non posso dispensarmi dal far osservare, che l'articolo 902 (818) contiene precisamente una disposizione contraria al principio da lui stabilito.

» » Qualunque persona (ivi si dice) può

disporre e ricevere per donazione tra vivi o per testamento, eccettuate quelle che sono dalla legge dichiarate incapaci. »»

» Quindi acciò una persona sia capace di ricevere non è necessario che la legge gliene dia il dritto; basta che non glie lo tolga: dunque sino a che non citerassi un articolo del codice che proibisce di donare ad una persona incerta, io ho ragione di pretendere che queste disposizioni sono valide. Senza dubbio la facoltà di scegliere com'era nell' antico dritto non più esiste; ma ciò non è pel mutivo che la persona da scegliere è incerta, sibbene perchè questa facoltà dovendo esercitarsi a volontà dell' erede incaricato di scegliere, e'l più sovente nell'istante della sua morte, sarebbe questa una vera sostituzione che rientrerebbe nella proibizione dell' articolo 896 (941). Ma se un testatore avesse fatta una disposizione così concepita: » Io instituisco Pietro mio legatario universale, col peso di dividere la mia eredità con colui o coloro de' suoi figli ch' egli vorrà scegliere » certamente io non veggo per qual motivo sarebbe possibile di annullare tale instituzione. Quindi il relatore del tribunato ha ben potuto dire che la facoltà di scegliere tal quale esisteva anticamente erasi abrogata, senza che possa nulla conchiudersene relativamente alle disposizioni fatte a vantaggio d' incerte persone. D' altronde veggonsi giornalmente de' testamenti che contengono l'ordine di rimettere una somma di denaro a tal paroco per essere distribuita ai poveri della sua parrocchia, come lo giudicherà convenevole. Io non credo che siasi ancora avvisato di contrastare consimili disposizioni sul pretesto che i legatarj sono *personae incertae*, e che la destinazione del legato dipende dalla volontà di un terzo. Intanto questa specie di legati sarebbero radicalmente nulli, se fosse vero il principio adottato dalla corte di Aix, poichè vi è incertezza nelle persone gratificate, e facoltà di scegliere nella persona del paroco.

» La corte di Aix dice in secondo luogo che l'autorizzare consimili disposizioni, sarebbe lo stesso che rendere illusorie tutte le leggi relative agl' incapaci, ed aprir adito ad ogni sorta di frode. Ma quella corte non teneva forse innanzi agli occhi l'articolo 1116 (1070), il quale porta che il *dolo*, e la frode, non si presume giammai? Or, come ella ha potuto annullare una disposizione sul pretesto che era possibile che fosse stata fatta in frode della legge? D' altronde le incapacità erano anche più numerose nell'antico dritto il quale ammetteva non pertanto senza veruna difficoltà disposizioni di tal sorta, salvo l'obbligo del legatario, in certi casi, d'affermare con giuramento che l'oggetto, o la somma non era destinata a persona incapace. L'antica giurisprudenza era su tal punto invariabile, come sarà dimostrato qui appresso. Ed infatti cosa mai può temersi? Che si profitti di siffatte disposizioni per gratificare persone incapaci. Ma si avverta che la scelta fatta dal testatore della persona da lui dinotata per confidarle l'adempimento di una disposizione della quale non dovrà dar conto che alla sua propria coscienza, è una potente presunzione in favore della sua probità; che la supposizione istessa che tal persona farà della cosa legata l'impiego prescritto dal testatore, quando anche fosse in favore di un incapace, è una pruova d'esser essa riguardata come persona di coscienza scrupolosa, e sulla di cui fedeltà puossi riposare. Ciò posto, si può mai credere che un tal uomo andrà a spergiurare in presenza della giustizia, unicamente nella mira di convalidare una disposizione dalla quale non deve ritrarre alcun profitto?

» Finalmente, non trasandiamo quest' ultima considerazione la quale sotto il rapporto della morale, anzi della umanità, è della più alta importanza. Accade sovente che negli ultimi periodi della vita il rimorso comandi ad un moribondo talune disposizioni che la legge civile istessa prescrive, ma che l'amore della propria riputazione e di quella de' suoi gli proibisce di manifestare. Se si obbliga taluno, dice l'annotatore di *Ricard*, di consegnare la propria turpitudine nel suo testamento; quanti ve ne saranno i quali mancando del coraggio d'immolare la loro riputazione, preferiranno di morire ingiusti anzi che disonorati? Lo stesso inconveniente avrebbe luogo se il testatore sapesse che il depositario da lui scelto potrà esser obbligato a svelare il suo segreto. Io vado più

innanzi. Supponiamo che un moribondo si creda obbligato a fare una restituzione; egli consegna di propria mano le somme, o l'oggetto da restituirsi, al sacerdote, che l'assiste ne' suoi ultimi istanti. Gli eredi hanno sentore di tal deposito, e deferiscono al depositario il giuramento. Questi dichiara che una tal cosa gli è stata effettivamente rimessa dal defunto con ordine di farne un uso convenuto, ma riguardo al quale egli è tenuto a serbare il segreto. Nel sistema della corte di Aix, il depositario debb'essere condannato alla restituzione; giacchè si comprende che in simile materia il modo adoperato dal disponente non è di alcuna importanza, e che i mezzi sono gli stessi nell'uno e nell'altro caso. Io lascio ora giudicare se un tal sistema è ammessibile. Fu giudicato in Bordeaux a tenore di questa dottrina con arresto del 19 agosto 1814 (Sirey 1815 2. parte. p. 7).

» *Nota*. Si ricorse in cassazione contra l'arresto di Aix, ed il ricorso fu rigettato il 12 agosto 1811. I motivi dell'arresto della cassazione essendo gli stessi che quelli assegnati dalla corte di Aix, io non entrerò su tal riguardo in una nuova discussione; non posso però astenermi dal rilevare quel *considerando* dell'arresto ov'è detto, che la corte di appello ha potuto sentenziare la nullità della disposizione come fatta ad una persona incerta, e lasciata alla volontà di un terzo e ciò senza violare alcuna legge, anzi conformandosi al voto di tutte le legislazioni che si sono succedute, massime dell'attuale.

» Io son portato a pensare che l'estensore del giornale di giurisprudenza da cui ho tratta questa decisione, ne abbia mal copiati i motivi. In effetti egli è difficile, per non dire impossibile, il pensare che la corte di cassazione abbia potuto dire, essere l'arresto di Aix uniforme al voto di tutte le legislazioni che sononsi succedute, mentre, come l'abbiamo precedentemente annunziato e come l'audremo a dimostrare, la contraria dottrina esiste invariabile da tredici secoli.

» Fu Giustiniano colui che nel §. 27 degl'istituti *tit. de legatis* definitivamente abrogò l'antica legislazione romana la quale proibiva qualunque disposizione a pro di persone incerte. Ma dalla legge 24. *cod. de Episcopis et Clericis*, noi vediamo che pur prima del regno di quell'imperatore i legati, ed anche le istituzioni fatte a vantaggio de' poveri, erano validi, ancorchè dice la legge 49 §. 1. eod., *non inveniretur de quibus testator cogitaverit*; ed in tal caso l'eredità, o il legato era trasmesso all'ospizio il più povero; o in mancanza di ospizio, all'economo della Cattedrale, che ne faceva ai poveri la destribuzione. Da Giustiniano sino ad oggi, vale a dire durante quasi 1300, anni la dottrina stabilita nel §. 27 delle istituzioni intorno alle persone incerte è stato costantemente seguita; e tutte le volte che avidi eredi han domandato la nullità di siffatte disposizioni, le loro pretese sono state rigettate, com'è facile rilevarlo dai numerosi arresti citati da *Ricard*, delle donazioni part. 1. n.° 589 e seguenti, dal suo annotatore, *ibid.*, e dall'antico Denisart, v. *fideicommiss.* Aggiungete quelli che sono riportati da Catelan lib. 1.° cap. 23. ec. In una parola egli è difficile di trovare un punto di giurisprudenza più costante ed invariabile. Ed anche fra tali arresti, ve n'ha uno prezioso appunto perchè fu reso sopra una controversia perfettamente simile a quella sottoposta alla corte di Aix. Un testatore aveva ordinato che la somma di 9000 franchi fosse consegnata al parroco di S. Giacomo de' macellari in Parigi, per farne uso, a norma di quanto gli aveva egli detto in segreto. Gli eredi domandarono che fosse annullata la disposizione; e bisogna osservare che dalla lor parte sembrava esser tutto il favore. Il testatore era stato ammogliato due volte; la seconda moglie gli aveva sopravvissuto. La domanda di nullità era formata dai figli del primo letto, i quali pretendevano (e ciò poteva sembrar verisimile) che fosse un tacito fedecommesso in vantaggio della loro madrigna. Pur nondimeno l'arresto sotto la data del 23 dicembre 1580 ordinò la esecuzione del testamento sotto l'affermativa del parroco che la vedova non doveva profittare della somma legata; ed il raccoglitore di arresti, *Anna Robert*, osserva che tal decisione fu pronunziata in toghe rosse, come dovendo stabili-

re un punto di dritto d'allora in poi inconcusso.

» È duoque vero, come il dicea, che siffatta dottrina fu dall'aotica legislazione costaotemente seguita, e che simili disposizioni sottoposte ai tribuoali furono sempre manteoute senza veruoa difficoltà.

» Ma bisogoa badare beoe che solo riguardo agli eredi mi sembrano dover essere tali disposizioni eseguite. Dapoichè se la successioue fosse difettosa, e la oullità della disposizione domandata dai creditori, dovrebbero essi certamente essere ascoltati; mentre supponendo ancora che si tratti di restituzione, ch'è il caso il più favorevole, quegli cui essa è dovuta non è sempre che uo creditore; e quiodi come l'osserva l'aonotatore di *Ricard*, que creditori il di cui titolo è cogoito e stabilito vanoo preferiti a chi noo ha io suo favore che un titolo incerto e non conosciuto.

» Poichè abbiamo parlato della facoltà di elegere e delle disposizioni fatte a pro di persone incerte, è questo il caso di esaminare in generale, se una disposizione lasciata in arbitrio di un terzo sia valida. Intorno a questo punto le leggi romane contengono delle disposizioni che sembrano tra loro contraddittorie, secondo l'osserva Ricard *delle donaz. p. 1. n.* 569. Del rimaneote noi ci faremo ad indicare le distiozioni stabilite dal detto autore, le quali ci pajono nella più parte dover essere ammesse, siccome quelle che uniformandosi al buon senso, all'equità, ed al rispetto dovuto alla volontà de'defuoti, non contraddicono ad alcuna disposizione delle nostre leggi.

» 1. *Ricard* n. 572 considera come valide le disposizioni nelle quali il legato essendo d'altronde fermo, il testatore lascia all'erede, ovvero a qualunque altra persona, la facoltà di scegliere fra certi tali quegli che ne dovrà profittare. *Plurimum enim interest utrum in potestate ejus, quem testator obligare cogitat, faciat, si velit dare an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat.* (*L.* 7. §. 1. *D. de rebus dubiis*). Tal'è questa disposizione: » io lascio diecimila franchi a quello de' miei parenti che sarà disegnato dal mio erede, o da tal'altra persona, o a quello de'figli della tal persona che sarà da essa destinato. » In questo caso se la persona incaricata della scelta vieoe a morire prima di averla fatta, il legato appartiene congiuntamente a tutte le persooe fra le quali la scelta doveva aver luogo. (*L.* 21. §. 1. *D. de statu lib.* È lo stesso se questa persona non vuol fare la scelta (*L.* 17. §. 1. *D. de leg.* 2).

» *Quid*, se uno degli eligibili viene a morire prima che la scelta sia stata fatta, potrà egli essere scelto in modo che il legato apparteoga alla sua successione? L'ordinanza de'testamenti, articolo 62, decideva che i figli stessi del defunto non potevano essere scelti. E questa decisione è analoga a quella della legge 67. §. 1. *D. de legatis* 2. In fatti si può dire che io questo caso ciascuno degli eligibili si reputa istituito sotto la condizione, se viene scelto. Ora è massima legale, che in fatto di legato condizionale, la successione del legatario non può reclamar nulla, a meno che noo abbia egli sopravvivuto all'adempimento della condizione.

» Per la stessa ragione bisogna decidere, che se la persona designata non isceglie il legato, si dividerà solamente fra gli eligibili, che saranno viventi e capaci nell'epoca in cui si sarà certo che la scelta oon può aver luogo (*d. L.* 67).

» La scelta fatta una volta è poi rivocabile? No. Il dritto dell'incaricato della scelta è estinto colla elezione: egli non può esercitarlo una seconda volta. Se però l'eletto non avesse accettato, allora si può credere che l'incaricato di scegliere poteva variare; poichè riguardo all'eletto, la dichiarazione fatta era *res inter alios acta*, sino a tanto che oon vi avesse concorso nella sua accettazione.

» Si possono scegliere molti eligibili? Io penso che sì; mentre, se la persona incaricata di scegliere può, oon facendo scelta veruna, farli tutti coocorrere, tanto più può ella dividere fra molti la propria scelta.

» Vi sono delle forme per la scelta? No: basta che la volontà dell'eligente sia abbastaoza ed evidentemeote dichiarata.

» Bisogoa osservare che in tutti i casi l'eletto trae il suo dritto dal testatore, e non dall'eligente. Quindi noo sarebbe tenuto ad imputare il legato sulla legittima che avesse dritto a pretendere sulla successiooe di costui:

non enim facultas necessariae electionis propriae liberalitatis beneficium est. (*d. L.* 67. §. 1. *D. leg.* 2.). Se si trattasse di una disposizione universale ovvero a titolo universale, egli sarebbe solo tenuto riguardo a creditori della successione, i quali non avrebbero alcun' azione contro l'eligente, a meno che non fosse egli stesso uno de' successibili. Quest' ultimo non ha alcun dritto sugli oggetti, che fanno parte della disposizione, e non potrebbe per conseguenza disporre di alcuno. Egli non percepisce i frutti: altrimenti ciò rienterebbe nella classe delle disposizioni a carico di conservare e di rendere, proibite dall' art. 896. (941.).

» 2. *Ricard* num. 593. riguarda del pari come valide le disposizioni fatte sotto condizioni dipendenti dalla volontà di un terzo, come » io dono e lego a Pietro, se Paolo fa o non fa la tal cosa » Il testatore può aver avuta una ragione qualunque di subordinare la sua disposizione al compimento del fatto che forma l'oggetto della condizione. (*L.* 68. *D. de hered. institut.*)

» 3. La disposizione è ancora valida se è concepita in modo che si possa presumere essere stata intenzione del testatore quella di lasciarla ad arbitrio di un terzo, o anche dell'erede, ma *tanquam in arbitrium boni viri*, come se fosse detto, *si existimaverit*, *si comprobaverit*, *si justum putaverit*, poichè, dice la legge 75, *D. de legatis* 1. *quasi viro potius bono ei commissum est*, *non in meram voluntatem heredis collatum.*

» 4. Finalmente se la disposizione unicamente dipenda da un atto puro e semplice della volontà dell'erede o di un terzo, puta, *si voluerit haeres aut Titius. Ricard.* n. 550, pensa che vi è nullità in tutti i casi. Oserei non essere interamente di questo avviso, e distinguere; la disposizione lasciata ad arbitrio dell'erede, o di qualunque altra persona incaricata di soddisfare il legato, è nulla. (Argomento tratto dal' art. 1174. (1127.) Altrimenti, quando essa è lasciata ad arbitrio di un terzo che non ha verun interesse pecuniario, onde la disposizione sia o no eseguita. Io poggio questa distinzione sulla legge 43, §. 2. *D. de legat.* 1. che formalmente la consacra. So bene che una contraria decisione sembra incontrarsi nella legge 59, *in fine D. de cond. et demonst.* Ma io riguardo quest' ultima come risentendosi alquanto delle sottigliezze romane, le quali non sono ammesse nel nostro dritto.

» Osservate 1. che in tutti i casi non si sono mai riguardate come incerte persone quelle la di cui designazione, benchè non individuale, è per altro ristretta in un circolo assai angusto. Tale sarebbe il legato fatto ai domestici che saranno in servizio del testatore nel giorno della sua morte. Ed è bene avvertire in occasione di simili legati i quali assai di frequente hanno luogo, che la parola *domestici* si prende in dritto in un senso molto più esteso che non nello stile ordinario, e che si applica *omnibus qui sunt in domo*, e salariati dal testatore. Quindi fu giudicato nel parlamento di Parigi, il 2. maggio 1739 che questa espressione conveniva ad un prete bibliotecario del testatore.

» 2. Che il legato può ancora esser caduco per altre ragioni, puta *ex causa perplexa*, se per esempio il testatore avendo due amici, o due parenti dello stesso nome, fa all'un di essi un legato, senza nulla aggiungere che possa servire a far distinguere colui ch' egli ha voluto gratificare. *L.* 62. §. 1. *D. de hered instit.* Ma per poco che ciò possa conoscersi, l'errore nella qualità, o anche nel nome, non impedirebbe che fosse valido il legato. *L.* 4. *Cod. de testamentis. Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 5. *nota* 252. *al tit.* 4.

» §. 55. Avrà luogo il *dritto di accrescere* a vantaggio degli eredi o de' legatarj, se la istituzione o il legato è fatto a più persone *congiuntamente.*

» Si reputa fatta congiuntamente la istituzione o il legato, quando dipenda da una sola, e medesima disposizione, e quando il testatore non abbia assegnata la parte di ciascun coerede o collegatario nella eredità o nella cosa legata. *Art.* 999. *Leg. civ.*

Giustiniano ammise il dritto di accrescere sia che la cosa fosse legata congiuntamente, sia che la fosse separatamente.

» Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si

alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alia quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur veluti si quis dicat: *Titio et Sejo hominem Stichum do, lego*: disjunctim ita: *Titio hominem Stichum do, lego*: *Sejo hominem Stichum do, lego*. Sed si expresserit *eundem hominem Stichum* aeque disjunctim legatum intelligitur. *Instit. lib.* 2. *de legatis* §. 8.

Casus. Domine, quidam legavit eandem rem duobus Petro et Maevio; ego quaero quid juris sit in isto casu? Ad hoc resp. Amice, si duobus eadem res legata sit, si divisim vel conjunctim legetur; si ambo pervenerint ad legatum dividitur inter eos legatum. Si autem alter eorum per modum repudiandi deficiat, ut quia legatum pervenit in casum caduci, ut puta, quia legatarius decesserit vivo testatore, vel si quolibet alio modo deficiat, veluti per mortem civilem, tunc omnibus his casibus totum legatum ad legatarium jure accrescendi pertinebit. Sed, domine, jam video quid juris est quando eadem res legatur duobus, sive conjunctim, sive disjunctim; pro Deo dicatis mihi quando quis censetur legare conjunctim, et quando disjunctim? ad hoc resp. quod conjunctim videtur quis legare in hunc modum, veluti si quis dicat Titio, et Sejo hominem Stichum do, lego: sed disjunctim videtur quis ita legare, veluti si dicat: Titio Stichum do, lego, Sejo Stichum do, lego; nam in hoc casu etiam si expresserit eundem hominem, scilicet dicendo sic: Stichum do, lego: nihilominus eum disjunctim legare intelligitur. *Fran. de Aret.*

Il dritto di accrescere, al dir di Vinnio, è quando una parte della stessa eredità o di una cosa legata, dovuta ad un coerede, o ad un collegatario che manca, si accresce a quell'altro coerede o collegatario che ha l'altra parte.

» Jus accrescendi est, quo deficientium heredum ejusdem hereditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur iis qui suam portionem agnoverunt. *Vinnii. Institut. lib.* 2. *tit.* 20. §. 8. *n.* 1. *de legatis*.

Marziano fa inoltre osservare la differenza che passa tra il dritto di accrescere che seguendo la cosa passa all'erede, e 'l dritto della sostituzione, che riguardando la persona non si trasmette all'erede.

» Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant; reliquis qui adierint adcrescit illorum portio, et licet decesserint antequam adcresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis, et coheredis substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam si decesserit heredem ejus sequitur. *L.* 9. *D. de suis et legitimis hered.*

Casus. In lege ista notatur differentia inter jus accrescendi, et substitutionis; et in hoc si legitima hereditas defertur pluribus; si unus repudiat partem suam, ejus portio accrescit ceteris, vel eorum heredibus; sed si duo vel plures sunt substituti, et alter praemoritur, liberi praemortui non vocantur ad substitutionem. *Accursius*.

» Sulla quistione di sapere chi deve raccogliere i beni contenuti nè legati caduchi, dice Toullier, esiste una regola generale fondata sulla natura delle cose e sulla volontà del testatore. Il dritto di profittare della caducità de' legati è attaccato all'obbligo di soddisfarli nel caso in cui non fossero caduchi. È naturale che coloro che debbono sopportare il peso di questi legati, ne ritraggano anche i vantaggi eventuali. È un peso almeno che hanno da sopportare, piuttosto che un vantaggio che loro proviene. *Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda L.* 10. *D. de re jud.*

» Così tutti gli eredi o i legatarj a qualsisia titolo profittano della caducità di un legato nella stessa proporzione di quel che avrebbero contribuito per soddisfarlo.

» Gli eredi *ab intestato* sopportano soli il peso de' legati particolari, quando non esiste legatario universale o a titolo universale; essi dunque profittano soli della caducità di tai legati.

» Se vi è un legatario universale o erede istituito, è messo per volontà del testatore nel posto dell'erede, almeno in quanto a tutti i beni disponibili. Egli solo adempie tutti i legati, ancorchè concorresse con un

erede legittimario: articolo 1009 (935). Adunque il solo legatario universale raccoglie tutti i legati, anche ad esclusione del legittimario, che non ha cosa alcuna a pretendere al di là della sua riserva.

» Non bisogna neppure distinguere il caso in cui il testatore avesse cominciato da fare un legato universale ed in seguito legati particolari: per esempio, io lego a Primo l'universalità de' miei beni, io lego a Secondo una somma di 10000, franchi, dal caso in cui il testatore ha cominciato con un legato particolare, e fa in seguito un legato universale. Io lego a Secondo il fondo Corneliano; io lego a Primo il soprappiù de' miei beni.

» In questo secondo caso, come nel primo, se il legato fatto a Secondo diviene caduco, è raccolto da Primo, e non dall' erede del sangue; imperciocchè, queste espressioni, *il soprappiù de' miei beni*, debbono intendersi in questo senso: il soprappiù di ciò che avrà Secondo, e non in questo senso restrittivo: io non dò a Primo se non il soprappiù di ciò che è espresso nella prima disposizione. Si presume che non ho voluto restringere il legato universale che ho fatto a Primo se non in favore di Secondo, e nel caso in cui questi raccogliesse il suo legato particolare. Tale è la ordinaria intenzione di tutti coloro che fanno legati universali, come ha benissimo osservato *Pothier delle disposizioni testamentarie cap. VI. sez.* 5. §. 1. *pag.* 386.

» All'incontro se il testatore avesse prima fatto un legato a titolo universale, e dato, per esempio, a Primo il quarto de' suoi beni, ed in seguito il soprappiù o il restante de' suoi beni a Secondo, questi non sarebbe come Primo se non un legatario a titolo universale. È come se il legatario avesse detto. Io dò il quarto de' miei beni a Primo, e gli altri tre quarti a Secondo. Se uno de' legati divenisse caduco, l' altro non lo raccoglierebbe, apparterrebbe interamente all'erede legittimo, perchè i legatarj parziarj o di quota non possono mai aver dritto se non alla stessa quota, che loro ha legato il testatore, e che non è aumentata per la caducità degli altri legati parziarj.

» Ma questi stessi legatarj sia che il testatore abbia tra essi divisa tutta la sua eredità, sia che si trovino in concorso di eredi legittimi o instituiti, profittano della caducità de' legati particolari per la ragione che se non vi fosse caducità, sarebbero tenuti di soddisfarli per contributo cogli eredi naturali, art. 1013. (969.) o istituiti.

» Per la stessa ragione, i legatarj a titolo universale, che non sono legatarj parziarj o di quota, ed anche i legatarj a titolo particolare, debbono profittare della caducità de' legati che fossero stati gravati di adempiere, o alla soddisfazione de' quali fossero stati obbligati di contribuire, come avviene ogni qualvolta i beni contenuti in un secondo legato non sono se non una parte o una delibazione di quei che erano contenuti nel primo; di maniera che senza il secondo legato, il legatario avrebbe raccolto i beni che lo compongono.

» Per esempio, se, dopo aver legato tutti i suoi mobili a Tizio, il testatore ne legasse un quarto a Mevio, o solamente un mobile prezioso, o anche una somma di denaro che faceva parte de' suoi mobili, come un designato credito o una somma riposta nel suo segretario, o da prendersi sul denaro che lascerà alla sua morte.

» Se dopo di aver legato una terra o un podere a Tizio, lega a Mevio un pezzo di terra, un bosco che ne dipendono;

» Finalmente, se il testatore gravasse specialmente uno de' suoi legatarj di soddisfare un altro legato, come di pagare una somma ad un' altra persona.

» In tutti questi casi, la caducità del secondo legato profitta al legatario gravato di soddisfarlo, perchè questo secondo legato non essendo in fatti se non una delibazione del primo, è naturale di presumere che il testatore avendo già, con una prima disposizione, distratto dalla sua eredità i beni contenuti nella seconda, ha voluto che in mancanza del secondo legatario, il primo li raccogliesse in preferenza degli eredi del sangue o del legatario universale.

» Sugli stessi principj è fondato il dritto di accrescere di cui parla l' art. 1044 (999) Questo dritto, che passava ragionevolmente per la materia la più sottile e la più ardua del dritto romano, è ridotto dal codice a principj molto semplici.

» Bisogna pria di tutto sapere che i legati possono farsi congiuntamente di molte maniere, cioè, che si distinguono tre maniere di chiamare in un testamento più persone a raccogliere la stessa cosa. I legatarj possono essere congiunti, 1. per la cosa solamente, *re tantum*, 2. per la cosa e per le parole, cioè, pel contesto della frase, *re et verbis*; 3. per le parole solamente, e non per la cosa, *verbis tantum*.

» Essi sono congiunti per la cosa solamente, quando la stessa cosa è legata a due o più persone con frasi distinte o separate, *re conjuncti videntur non etiam verbis cum duobus eadem res legatur L. 89. D. de legat.* 3. Per esempio, io lego a Paolo il fondo Corneliano, lego a Pietro lo stesso fondo Corneliano.

» I legatarj, tanto congiunti per la cosa, sono però chiamati *disjuncti*, per opposizione a quei che sono congiunti per la stessa frase.

» Questi legati bizzarri e meno usati tra noi, ne' quali il testatore spiega ordinariamente le sue disposizioni erano frequenti in Roma, in cui si erano interpetrati diversamente nelle differenti età della giurisprudenza. Sotto Gistiniano, si venne all'interpetrazione che sembra la più ragionevole, e che è seguita nel dritto francese. Si presume che il testatore ha voluto dare a' legatarj un dritto uguale nella cosa data, ed essi debbono dividerle in porzioni uguali, se sieno tutti esistenti e capaci, e che vogliono accettare il legato.

» A meno che nel numero de'legatarj, non ve ne sieno alcuni che sieno congiunti per le parole. Per esempio, io lego il fondo Corneliano a Paolo ed a Giacomo, lego il fondo Corneliano a Pietro: imperciocchè allora Paolo e Giacomo non sono considerati se non come una sola persona, e non prendono se non una parte tra loro. *Si conjuncti disjunctis commixti sunt, conjuncti unius porsonae vice funguntur. L. 34. D. de legatis* 1.

» Sotto l'antica giurisprudenza, se la parte che avrebbe avuto uno de' legatarj, congiunti per la cosa solamente, diveniva caduca, l'altro la raccoglieva per dritto di accrescere. Si presumeva che tale era stata la volontà del testatore, che, quantunque con disposizioni separate e distinte, aveva chiamato ciascun legatario a raccogliere la totalità della cosa.

» L'articolo 1045 (1000) ammette anche il dritto di accrescere in favore de' legatarj congiunti per la cosa solamente, *re tantum*; ma non l'ammette se non nel caso in cui la cosa non è divisibile senza deterioramento. Sulla qual cosa dobbiamo osservare che l'articolo 1045 (1000) non dice, come gli articoli 827 e 824 (746 e 743)». Se gli stabili non possono comodamente dividersi. »

» Così, la semplice incomodità di una divisione basta per autorizzare i condividenti a provocare la vendita all'incanto, ma essa non basta per dare il dritto di accrescere a' legatarj congiunti per la cosa solamente: bisogna di più che la cosa non possa esser divisa o distribuita senza deterioramento. Ma intendesi per deterioramento una semplice diminuzione di valore? Sembra che questa quistione è abbandonata alla prudenza del giudice.

» Questa limitazione messa dal codice al dritto di accrescere accordato un tempo senza distinzione a' legatarj congiunti per la cosa solamente, è conforme alla ragione. Non sembrava giusto di supporre loro, nella intenzione del testatore, dritti tanto estesi quanto a' legatarj congiunti per la cosa e per le parole, *re et verbis*.

» Questi ultimi sono quelli, a' quali il testatore ha legato la stessa cosa con una sola e medesima disposizione, cioè, con una stessa frase: per esempio, io lego a Pietro ed a Paolo il fondo Corneliano. L'articolo 1044 (999) dà indistintamente il dritto di accrescere a' legatarj così congiunti, sia o no la cosa legata divisibile senza deterioramento.

» Ma questo dritto cessa se il testatore, unendo i legatarj in una sola e medesima disposizione, assegna a ciascuno di essi la parte che deve avere nella cosa legata. Essi sono allora ciò che si chiama congiunti per le parole solamente, *conjunctis verbis tantum*.

» Per esempio, io lego a Pietro, a Paolo ed a Giovanni il fondo Corneliano per uguali porzioni o per terzi. Ciascun legatario

non essendo allora donatario se non della porzione che gli è stata assegnata, non ha alcun dritto alle altre porzioni. Se il testatore ha riunito i legatarj nella medesima frase, si presume che non lo ha fatto se non per restringere, *propter sermonis compendium*, e non per dar loro il dritto di raccogliere le porzioni che divenissero caduche.

» Intanto bisogna ben distinguere se l'assegnazione delle porzioni si trova nella disposizione stessa o solamente nella esecuzione. Nell' esempio quì sopra proposto, io lego a Pietro, a Paolo ed a Giacomo il fondo Corneliano per ugnali porzioni, la distinzione e l'assegnazione delle parti sono nella disposizione stessa: esse ne fanno parte: esse ne sono inseparabili: così nel principio, ciascuno non ha dritto se non alla porzione che gli resta assegnata.

» Al contrario, se si fosse detto: Io lego a Paolo, Pietro e Giovanni, il fondo Corneliano, per dividerlo tra essi in ugnali porzioni, essi restano congiunti *re et verbis* nel primo membro della frase, che contiene la disposizione, e che racchiude nel principio la destinazione della totalità in favore di ciascuno de' legatarj. Essi non hanno parte assegnata se non nel secondo membro, che è una frase accessoria unita alla prima colla congiunzione *per*, e che non è aggiunta se non per determinare la maniera di eseguire la disposizione, senza nuocere d'altronde a'dritti dati nel primo membro a'legatarj, e che non hanno meno il dritto di accrescere sulle parti divenute caduche.

» Giusta questi principj, la corte di cassazione, con arresto de' 19 ottobre 1808 ha cassato un arresto, che aveva giudicato che il dritto di accrescere non aveva luogo in un testamento in cui il signor Delaporte aveva istituiti eredi, con una stessa disposizione, il signor Planté e le sue sorelle, per dare e disporre della sua intera eredità per porzioni uguali.

» Questa distinzione, che può sembrare sottile agli spiriti poco attenti, è ciò non ostante fondata sulla natura delle cose. Esiste una differenza sensibile e realissima tra questa formola: io istituisco Paolo, Pietro e Giovanni miei eredi, ciascuno per una uguale porzione; e quest' altra formola: io istituisco Paolo, Pietro, e Giovanni miei eredi, per dividere i miei beni per eguali porzioni o per terzi.

» Nella prima ciascun legatario non è chiamato nel principio se non per un terzo; le porzioni sono fatte nella disposizione.

» Nella seconda, ciascuno è chiamato, nel principio, per la totalità: le porzioni non sono fatte se non nella clausola di esecuzione: la presenza de' collegatarj opera la divisione, *concursu partes fiunt*.

» Sembra dunque che il dritto di accrescere non cesserebbe se, dopo aver istituito congiuntamente molti legatarj con una sola e medesima disposizione, il testatore ordinasse, con una clausola addizionale, che la divisione della cosa legata si facesse disugualmente. Questa è una conseguenza de' principj, che determinarono l'arresto della corte di cassazione che abbiamo testè citato.

» Vi sono anche casi ne' quali è necessario, per dissipare qualunque ambiguità, che il testatore si spieghi sulla maniera di dividere il suo legato: per esempio io istituisco eredi Pietro e Paolo miei fratelli ed i figli di mia sorella defunta. Se il testatore non si spiega sulla maniera di dividere tra i suoi fratelli ed i suoi nipoti, vi sarà dubbio: imperocchè, in generale, quando più legatarj sono istituiti con una medesima disposizione, se gli uni sono nominati separatamente, e gli altri compresi sotto un' appellazione collettiva, questi ultimi non prendono se non una parte per tutti loro. Or se, per non lasciare alcun dubbio sulle sue intenzioni, e dopo aver chiamato congiuntamente i suoi fratelli ed i suoi nipoti, come abbiam testè detto, il testatore aggiugnesse che vuole che costoro non prendano se non un terzo nella divisione de' suoi beni, non sarebbe ragionevole il credere, che determinando così la maniera di divisione, ha voluto distruggere tra' suoi fratelli ed i suoi nipoti il dritto di accrescere.

» Ma bisogna osservare che se qualcheduno di quei che son compresi in una disposizione sotto un nome collettivo e generico, e che in conseguenza, non avrebbe avuto se non una parte per essi tutti nella co-

sa legata, viene a promorire o a rifiutare il legato, la parte che avrebbe avuto nella suddivisione si accresce a que' che sono compresi con lui, sotto lo stesso nome collettivo, in preferenza degli altri collegatarj. Così, nella proposta specie, se uno de' figli della sorella premorisse, il suo dritto si accrescerebbe agli altri, ad esclusione di Pietro e di Paolo, suoi zii.

2 Si osservi ancora che i collegatarj dividono la parte che loro si accresce nella stessa proporzione che dividono la cosa legata.

2 Così, io lego tutti i miei beni a Primo, Secondo, Terzo, ed a' figli di Quarto, per dividerli egualmente in guisa che i figli di Quarto non vi prendono se non un quarto. Se Primo premuore, la sua porzione si accresce egualmente a tutti i legatarj; ma i figli di Quarto non vi avranno se non un terzo.

2 Se uno de' figli di Quarto premorisse, il suo dritto si accrescerebbe a' di lui altri fratelli o alle altre sorelle; Primo, Secondo e Terzo ne sarebbero esclusi.

2 Si osservi in fine, che se il testatore avesse imposto pesi al collegatario che premuore o che rifiuta il legato, questi pesi passerebbero agli altri collegatarj che vorrebbero profittare del dritto di accrescere, ma che potrebbero anche ritenere la parte che hanno da quello dal quale provengono; imperciocchè il dritto di accrescere si fa *volentibus et non invitis*.

2 Il dritto di accrescere è sospeso quando uno de' collegatarj è in tempo di accettare, e di acquistare, perchè colui che può accettare fa parte, e che la sua porzione non è veramente giacente se non quando è rifiutata, o quando il collegatario è escluso.

2 Quando la stessa cosa è stata legata congiuntamente a Pietro ed a Paolo, ma a Pietro puramente e semplicemente, ed a Paolo sotto condizione, se Pietro accetta il legato e muore, mentre il legato di Paolo è ancora sospeso, trasmette ciò non ostante al suo erede il dritto di profittare della parte di Paolo per dritto di accrescere, se la condizione viene a mancare. *L.* 26. §. 1. *D. de condit. et demonst.*, imperciocchè il dritto di accrescere fa parte del legato fatto a Pietro e che costui ha trasmesso al suo erede. Pothier, *ubi sup. cap. VI.* §. 3. *p.* 394.

2 Se ho rifiutato un legato che mi era fatto congiuntamente con Paolo, di cui divengo erede, e che è morto dopo la scadenza del legato senza aver accettato nè rifiutato, io ho il dritto, in qualità di suo erede, di raccogliere il legato per intero, ed anche la parte che ho rifiutato; imperciocchè io succedo a tutti i dritti del defunto, e per conseguenza al dritto di ritenere la parte che ho rifiutato.

2 Il dritto di accrescere cessa tostocchè la porzione del collegatario è acquistata coll'accettazione.

2 Ne segue che la decadenza pronunziata contro uno de' legatarj dichiarato indegno, non dà luogo al dritto di accrescere; imperocchè, fino alla sentenza che pronunzia questa scadenza, l'indegno era proprietario. La sua porzione non è mai dunque stata caduca, come quella di un incapace; essa è deferita dopo la sentenza di decadenza, a quei che dovevano fare il rilascio de' beni, sia all'erede del sangue sia al legatario universale.

2 Il principio che il dritto di accrescere cessa tostocchè la porzione del collegatario gli è acquistata colla sua accettazione, soffriva una eccezione, secondo il dritto romano, nel caso di un usufrutto legato congiuntamente a più collegatarj. Se uno di essi morisse dopo aver goduto della sua porzione, essa si accrescerebbe agli altri legatarj, invece di estinguersi per consolidazione: alla morte dell'ultimo moriente l'usufrutto si consolidava alla proprietà. La legge 1. §. 33. *D. de usufr. accres.* ne adduce per motivo che l'usufrutto è un dritto successivo che non si acquista se non successivamente a misura che si gode della cosa. Sotto l'impero del codice in cui il dritto romano non ha più forza di legge, pensiamo che questa decisione non sarebbe seguita; imperocchè non è fondata se non sopra una pura sottigliezza, il dritto di usufrutto, come qualunque altro dritto, si acquista per la totalità al momento della morte del testatore, tutta la differenza che esiste tra questo dritto ed il dritto di proprietà relativamente all'acquisto, consiste in ciò che questo è acquistato a perpetuità pel legatario e pe' suoi eredi, o per quelli che

hanno causa da lui; al contrario quello è limitato alla vita del legatario, e non passa a' suoi eredi.

» Quando l'usufrutto è stato legato ad uno e la proprietà all'altro, se il legato dell'usufrutto diviene caduco, si riunisce alla proprietà. *Toullier. Corso di dritto civile vol.* 5. *num.* 677 *a* 700.

» §. 56. Si reputa anche fatto congiuntamente il legato, quando una cosa la quale non è divisibile senza deterioramento, » sia stata collo stesso atto legata a più persone anche separatamente. *Art.* 1000. *Leg. civ.*

Eccone l'esempio di Paolo.

» Triplici modo conjunctio intelligitur. Aut enim re per se conjunctio contingit; aut re et verbis; aut verbis tantum: nec dubium est quia conjuncti sint quos et nominum, et rei complures jungit: veluti: Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto; vel ita: Titius Maeviusque heredes sunto: vel Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto. Videamus autem, ne etiam si hos articolos (*idest conjunctiones*) detrahas, et quaecum interdum tamen conjunctos (*re et verbis*, *vel verbis tantum*) accipi oporteat: veluti: Lucius Titius, Publius Maevius heredes sunto ex parte dimidia, vel ita: Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunto: Sempronius ex parte dimidia heres esto; ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam, et re et verbis conjuncti videantur: Lucius Titius ex parte dimidia heres esto: Sejus ex parte qua Lucium Titium heredem institui heres esto: Sempronius ex parte dimidia heres esto. Julianus dubitari posse ait an tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Cajo et Sejo institutus sit. Sed eo quod Sempronius quoque ex parte (*scilicet separatim re et verbis*) dimidia scriptus est, verisimilius esse in eundem semissem duos coactos, et conjunctim heredes scriptos esse. *L.* 142. *D. de verb. et ter. signif.*

» §. 57. Le medesime cause che secondo » l'articolo 878 e le due prime disposizioni » dell'articolo 880 autorizzano a rivocare la » donazione tra vivi, saranno egualmente, » ammesse per chiedere la rivocazione delle » disposizioni testamentarie. *Art.* 1001. *Leg.* » *civ.*

Vedi. *Donazione* §. 36. e 38.

» §. 58. Se questa domanda ha per fon» damento una ingiuria grave fatta alla me» moria del testatore, debbe essere proposta » fra l'anno dal giorno del delitto. *Art.* » 1002. *Leg. civ.*

Vedi. *Diredazione* §. 2. *Decisione della suprema corte di giustizia de'*8 *gennaro* 1820.

» TESTIMONIANZA FALSA. §. 1. » Chiunque in causa civile o penale istruisca » o produca scientemente falsi testimoni, sarà » punito come il falso testimone.

» Chiunque in causa civile o penale istrui» sca o produca scientemente false carte, sa» rà punito come autore delle stesse. *Art.* » 187. *Leg. pen.*

Questo articolo dà luogo ad alcune osservazioni. Principalmente le voci *istruire* o *produrre* per le quali si ha una falsa testimonianza, o una carta falsa, danno tale intelligenza da non confondersi tra loro. Istruire alcuno a deporre falsamente, ovvero istruire la formazione della falsa carta, non è lo stesso che produrre l'uno o l'altra in giudizio. Il legislatore ne ha distinti questi mezzi. Ma l'istruire un testimone falso, o una carta falsa senza produrli in giudizio costituisce un reato? È facile il decidersi per la negativa. Un'azione non conosciuta colpevole non cade sotto la sanzione della legge. Ma per conciliare la intelligenza di amendue queste voci colle regole della imputabilità è da riflettersi, che potendo avvenire la ipotesi di riunirsi molti a commettere questo genere di reato, è chiaro che uno istruisca il falso testimone, o la carta falsa, ed un'altro li produca in giudizio: in questo caso le diverse azioni tendendo ad un medesimo fine dimostrano la loro unità, e conseguentemente un medesimo reato.

In riguardo poi alla scienza che dee avere della falsità colui che istruisce, o produce il testimone falso, o la falsa carta, è da osservarsi che dessa costituisce il principale requisito del reato; imperciocchè esprime la volontà di dimostrare, e sostener per vero un fatto, che per se stesso non è tale. Perciò è da riflettersi, che il solamente produrre un falso testimone, o una falsa carta non de-

finisce la vera intenzione di delinquere. È mestieri che questa intenzione sia manifestata con prova di fatto permanente. Tale è la dichiarazione di colui, che vuol far uso del testimone, che produce. Così Giulio Claro.

» Utens dicto falsi testis, dicitur falsum committere. Quod intellige, si sciens testimonium esse falsum eo utatur, alias secus. Et quia scientia est difficilis probationis ideo inventa est illa practica, qua quotidie utuntur advocati, et procuratores, quia faciunt partem quae producit testem, interrogari, an velit uti dicto ipsius testis, cum termino ad deliberandum. Et si in eo termino respondeat se velle uti, tunc habetur pro sciente. *Julii Clari Sentent. lib.* 5. §. *Falsum. n.* 16.

Lo stesso è disposto dalle leggi di procedura nei giudizj penali per colui che produce una falsa carta.

» Se un documento prodotto viene attaccato di falso, ed il giudizio sia di falso in privata scrittura, l'imputato sarà citato a dichiarare se intenda far uso, o se voglia desistere da far uso del documento. *Art.* 446. *leg. di proced. pen.*

» Nel caso dell' articolo precedente se la parte dichiara di non volersi più servire del documento, sarà il documento rigettato dal processo, e non vi sarà più luogo a procedimento penale.

» Questa dichiarazione non è più rivocabile nè nel giudizio criminale, nè nel giudizio civile.

» La dichiarazione non produce effetto, che solamente per colui che la fa, e per coloro che hanno causa da lui.

» Se la parte o non risponda fra otto giorni, o dichiari che intenda servirsi del documento, la istruzione sulla falsità sarà proseguita; ne la dichiarazione successiva dell'imputato di non più volersene servire produrrà alcun effetto. *Art.* 447. *Idem.*

Le medesime disposizioni sono dettate dalle leggi di procedura civile negli articoli 310 a 314.

Finalmente si osserva che le pene dovute in virtù dell' articolo in esame a colui che istruisce o produce il falso testimone, ed a colui che istruisce o produce una falsa carta, saranno regolate pel primo in ragione de' giudizj in cui la falsità si depone, pel secondo in ragione della carta pubblica, o privata, che si produce. Vedi §. 2. 3. 4. Vedi *Falsità* §. 26. e 28.

Intanto quale è il falso testimone?

È falso testimone, al dir di Paolo, non solo colui che falsamente depone, ma benanche colui che nega, ed afferma le stesse cose, o rivela li suoi detti ad amendue le parti contendenti.

» Qui falso (*puta esse quod non erat*) vel varie (*quando idem negaverunt, et concesserunt*) testimonia dixerunt, vel utrique parti causam prodiderunt (*idest utrique parti revelaverunt testimonia sua*) a judicibus competenter puniuntur. *L.* 16. *D. de testibus.*

Di questi tre modi che offendono la verità Brunnemanno riguarda il primo capace di pena. Quindi date due opposte deposizioni a quale di esse sarà prestata la fede? alla prima dice lo stesso giureconsulto.

» Sed quaeritur an depositioni primae an secundae credendum? Prior communiter etiam Camerae Spirensi placuit, quia posterior subornata creditur *Myns. c.* 2. *obs.* 86. *Farin. de quaest.* 66. *parte* 4. Illud certum si aliud coram notario, aliud coram judice dixerit, huic standum esse *Myns. c.* 6. *obs.* 14. Plane si in continenti se correxerit, veniam merebitur vel in praelectione depositionum in continenti facta; nam lapsus memoriae praesumendus. *Brunnemanni Comment. in Pandect. ad L.* 16. *D. de testibus.*

Dippiù Modestino considera anche falsa la testimonianza di colui, che depone diversamente nel tempo stesso per un medesimo affare, ed innanzi ad un medesimo giudice.

» Eos qui inter se diversa (*idest falsa, vel varia, idest adversa*) testimonia praebuerunt (*scilicet in eodem negotio*) quasi falsum fecerint, praescripto legis corneliae teneri pronuntiatum est. Et eum qui contra signum (*sigillum, vel etiam aliud signum quod fecerat*) suum falsum praebuit testimonium, poena falsi teneri pronuntiatum est. De impudentia ejus qui diversa duobus (*scilicet actori et reo*) testimonia praebuit, cujus ita anceps fides vacillat, quin crimine falsi teneatur; nec dubitandum est. *L.* 27. *D. ad leg. corn. de fals.*

Casus. Qui diversa praebuerunt testimonia inter se, idest falsa vel varia puniuntur lege cornelia. Item qui dixit falsum testimonium contra sigillum suum, de falso punitur. Item qui in eadem lite testificatus est pro actore, et postea pro reo, et sic contraria dixit de falso punitur. *Accurs.*

È inoltre da osservarsi con Marziano, che la testimonianza per esser falsa dee ammettere una intenzione decisa di nuocere a colui a danno di cui vien fatta.

» Poena legis corneliae irrogatur ei qui in falsas testationes faciendas, testimoniave falsa invicem dicenda, dolo malo coierit. *L.* 9. *D. ad leg. corn. de falsis.*

Quindi su l'autorità del rescritto degl' imperatori Diocleziano, e Massimiano l'errore di colui, che stende una testimonianza non ritorna a danno del testimone; mentre ove vi è errore, ivi necessariamente cessa il dolo.

» Nec exemplum editionis precum alter per errorem scriptum, cum non, nisi dolo malo falsum committentes crimini subjugentur, cognitionem dati judicis moratur. *L.* 20. *Cod. ad leg. corn. de falsis.*

Casus. Impetravi rescriptum a principe, ut delegaretur mihi judex in causa, quam habebam adversus Titium in decem, notarius comprehendit in rescripto viginti quinque, an praetextu talis falsitatis debeat judicis cognitio impediri? dicitur quod non. »

Intanto possono incontrarsi molti dubbj in riguardo ai requisiti che costituiscono la falsa testimonianza: tale è il caso 1.° di colui, che dopo di aver narrato un fatto stragiudizialmente lo depone in giudizio in altro modo: 2.° di colui, che in un secondo giudizio depone diversamente dal primo: 3.° di colui che in un medesimo affare, e per una medesima persona depone contraddittoriamente: 4.° finalmente di colui che nega la sua precedente deposizione: in tutti questi casi quale è la norma da tenersi?

Riportiamo li medesimi argomenti, e le autorità de' dottori che in analoghe questioni riunisce Giulio Claro.

» Primus casus est, quando testis primo dixit unum extra judicium, deinde in judicio deposuit contrarium ejus, quod extrajudicialiter dixerat. Et hoc casu Bart. in *L. eos. n.* 4. *D. de falsis* tenuit quod sit standum primo dicto, et quod pro secundo puniendus est tanquam falsarius; nihilominus magis communis opinio videtur esse contra Bart., scilicet quod imo standum sit secundum depositioni factae in judicio. Et ita dicit communiter teneri Ang. *de malefi.* in verbo *falsario* n. 23. Corn. *cons.* 58. *in lit.* 1. *lib.* 1. ubi dicit quod in hoc omnes concordant. Hanc etiam opinionem dicit esse communem Abb. *in c. per tuas. n.* 11. *de probat.* pro ut illum refert Ferret. *cons.* 196. *n.* 19. licet in libro meo id non dicat. Alex. *cons.* 74. *n.* 8. *lib.* 1. etc. etc. Illud etiam dictum Bart. communiter reprobari ait Caepolla *cons. crim.* 61. *vers. Tertio quia publicus super consuet.* Alver. *fol.* 28. *n.* 49. Et quod hoc casu praeferendum sit secundum dictum juratum, et in scriptis solemniter receptum dicit esse communem Alexander cons. 66. n. 6. Marsil. *sing.* 212. *Communis omnium.* Bene verum est quod debilitatur fides hujusmodi testis; et ita dicit fateri omnes doctores. Scias tamen quod si testis illud, quod dixit extrajudicialiter, dixisset cum juramento, deinde contrarium etiam juramento deposuisset judicialiter, tunc forte procederet opinio Bartoli, ut scilicet posset de perjurio condemnari, ex quo reperitur positus inter duo juramenta contraria. Et hanc dicit esse communem doctorum opinionem Camerar. *in cons. suo matrimoniali* post consilia Zabarel *n.* 5. quam etiam se vidisse in practica observari, attestatur. Bos. *in loco praed.*

» Secundus est casus quando testis deposuit unum in judicio cum juramento, deinde extra judicium illud dictum revocavit. Et hoc casu standum est ejus primo dicto judiciali. Et haec est communis opinio ut sentit Gratus *cons.* 59. *n.* 26. *lib.* 2. etc. etc.

» Tertius est casus quando testis in uno judicio deponit contrarium ejus quod deposuerat in alio judicio. Et hoc casu quum utrunque dictum sit juratum, certum est quod potest tanquam falsarius puniri. Et est communis opinio ut dicit Camerar. *in d. cons. matrim.* *n.* 3. et in hoc nulla videtur esse difficultas... Sed quid si testis in primo judicio dixerit nihil scire, deinde in secundo deponat de veritate facti? responde quod nihil probat, et

haec est omnium conclusio, ut dicit Ang. de Ubel. *inter cons. crim. diversorum cons.* 73. *n.* 23. *in f. lib.* 2. dicens quod ita tenent omnes nullo discordante.

» Quartus est casus, quando testis in eadem instantia, et inter easdem personas contraria testimonia deposuit. Et in hoc puncto est distinguendum: nam aut testis est sibi contrarius in eadem depositione, aut alia depositione contradicit primae suae depositioni. Si est contrarius in eadem depositione, aliqui simpliciter dicunt quod eo casu non statur alicui dicto; primo scilicet, nec secundo, imo in totum rejcitur tanquam falsus. Et hanc dicit esse communem opinionem Alciati *de praesumpt. in praesumpt.* 29. *n.* 6. Tu vero dic, quod aut testis in eodem examine contraria deponit sine justa correctionis causa, et tunc illi prorsus non creditur. Et hoc omnes passim fatentur, ut ait Didac. *lib.* 2. *resolutionum.* Et haec conclusio communiter approbatur, ut dicit Crot. *de testib. n.* 326. *et seq.* Et hoc non solum si sit manifesta contrarietas, et non de facili concordabilis, sed etiam aliquo modo compatibilis. Et est communis opinio, ut dicit Alexan. *cons.* 20. *n.* 3. *lib.* 4. quamvis illum in contrarium alleget Sigismund. *cons. feudali* 49. *n.* 7. tenens, quod quando contrariet s est facite concordabilis, debet ad concordiam reduci etiam ut probet. Et ibi etiam refert Fel. *in ea. cum tu. de testibus* attestantem quod haec est communis opinio. Ego tamen non reperio Fel. *ibi n.* 1. ubi loquitur de hoc articulo id attestante et credo quod contraria opinio sit, ut dixi, et magis communis. Aut vero deponit contraria in diversis examinibus, et tunc: aut deponit contrarium secundo loco, non dicendo in specie se errasse in prima depositione, sed simpliciter loquendo, et tunc, modo secundum dictum comparatur cum primo, debet, quantum fieri potest, ad concordiam reduci, secundum Imo. *in L. qui bona §. si quis. stipulatus D. de dam. inf.* quem in hoc communiter sequuntur doctores, ut dicit Sigismundus *in d. cons.* 49. *n.* 6. *in fi.* Aut ipsemet testis dicit se velle primum dictum suum corrigere, et tunc si quidem illud vult facere incontinenti, est admittendus. Et dicitur hoc casu incontinenti, antequam testis ipse alloquatur partem. Et ita communiter servatur. Si vero velit illud corrigere ex intervallo, non auditur, sed tanquam perjurus, et falsarius puniri debet.... Bene verum est quod ex quo talis testis omnino est perjurus punitur de falso, ut supra dixi, praeteresque etiam ejus primo dicto non adhibetur plena fides, tanquam dicto integri testis, sed multum de ejus fide diminuitur, adeo quod ejus dictum sine aliis adminiculis non sufficeret ad torturam contra reum, sed solummodo ad inquirendum... Ego etiam puto in hujusmodi revocationibus multum esse tribuendum arbitrio judicis, qui considerare poterit ex illis depositionibus contrariis, quae videntur magis verisimiles, et cum qua concurrant plura adminicula, et illi adhaerere, praesertim ubi subesset aliqua suspicio subornationis, ut quotidie contingere videmus in practica. Aut vero non ipsemet testis, sed aliqua partium petit ipsum testem iterum examinari, et tunc si est illa pars contra quam testis deposuit non debet audiri; subest enim magnus timor subornationis. Si vero est illa pars, in cujus favorem testis deposuit, utique auditur; et si testis deinde variet, et diversa seu contraria deponat, tunc standum est secundo dicto. Et ita communiter tenetur, ut dicit Albe. *in L. fi. n.* 2. *Cod. de testib.* et sibi imputet pars, quae petiit illum iterum examinari. Ex hoc enim censetur ejus primo dicto renunciasse. Consulo tamen judicibus, praesertim in causis criminalibus, ut quantum fieri potest, caveant ab hujusmodi repetitionibus testium, quae fiunt ad instantiam partium; nam saepenumero processus involvunt, ac destruunt, magnamque praebent occasionem subornationibus, et falsitatibus testium.

» Unum etiam volo ut scias in hac materia, quod quando testis primo loco deposuit per verbum, credo, et secundo loco deponit per verbum assertivum veritatis, eo casu semper standum est secundo dicto. Ita videtur sentire glossa ordinaris *in L. de tutela* verbo *probata C. de in integ. rest. min.* dicens quod hodie possum credere unum, et cras aliud, quae in hoc communiter ab omnibus approbatur.

» Quintus est casus, quando testis non contrariatur de directo suae depositioni, sed ne-

gat se ita deposuisse, ut a notario scriptum reperitur; et tunc est distinguendum; nam aut tractatur de puniendo teste de falso, et hoc casu tantum creditur testi quantum notario: aut tractatur cui plus credendum sit an notario qui dicit testem deposuisse ut scriptum est, an vero testi id neganti, et tunc plus creditur notario. Ad evitandas tamen omnes controversias, bonum esset quod judices assisterent notariis recipientibus dicta testium; nam eo casu non auditur testis postea dicens se non ita deposuisse, ut scriptum est a notario praesente judice, imo si contrarium postea deponat, potest etiam de falso puniri. Et haec omnia bene nota, quia frequentissime contingunt. *Julii Clari Sententiarum lib.* 5. *Pract. Crim. Quaestio* 53. *n.* 11. *ad* 17.

Anton Mattei discute la questione se possa imputarsi di falsa testimonianza colui, che senza deporre falsamente tace la verità sia gratuitamente, sia con riceverne il prezzo. Egli riunisce le ragioni per l'affermativa.

» Quaeritur si quis non falsum quidem testimonium dixerit, verum tamen reticuerit, an lege cornelia reus sit; et licet nonnulli distinguant, utrum pecunia accepta id fecerit nec ne, ut illo casu reus sit non hoc; verius tamen est nihil interesse pretio accepto, an gratis tacuerit. Etenim hac lege tenetur, non so'um qui testamentum falsum fecit, sed et qui verum suppressit *L.* 1. §. 4. *L.* 2. *L.* 16. §. *ult. D. h. t.* nec distinguitur, mercede ad hoc invitatus sit, nec ne. Sed et libello principi, vel praesidi oblato si quis veritatem non adjecerit falsi reus est; ac ne hic quidem superior adhibetur distinctio *L.* 29. *D. h. t. L.* 2. *verb. tacendi fraude Cod. si cont. jus vel util. pub.* Quare nulla subesse videtur causa, ob quam in praesenti casu eo modo distinguere debeamus. Hoc amplius definitio in limine praesentis capitis proposita, hanc distinctionem elidere videtur. Diximus enim generaliter falsum esse fraudulendam veritatis imitationem, vel suppressionem in praejudicium alterius factam. Supprimit autem veritatem in praejudicium alterius, qui quamlibet sine pretio verum dicere recusat. Postremo loca quaedam illustrium scriptorum in hanc rem adduci poterant; ut in primis illud Plauti in *Querulo. Pejerat saepe qui tacet. Tantum est enim verum tacere: quantum et falsum dicere.* Ammiani lib. histor. 29. *Fallere non minus videtur qui gesta praeterit sciens, quam ille, qui nunquam facta fingit.* Asconii 3. Verr. *Jurati testes produci solent non solum ne falsa dicant, verum etiam ne quae vera sunt taceant.* Ciceronis lib. 3. offic. quanquam in alia quaestione. *Non videtur neque hic, neque ille celare debuisse: neque enim id est celare quidquid reticeas; sed quum quod tu scias, id ignorare emolumenti tui causa velis eos, quorum intersit id scire. Hoc autem celandi genus quale sit, et cujus hominis quis non videt? certe non aperti, non simplicis est, non ingenui, non justi, non viri boni; versuti potius, obscuri, astuti, fallacis, malitiosi, callidi, veteratoris, vafri.* His argumentis qui dissentiunt, unicum duntaxat objiciunt; nempe in legem corneliam eos incidere, qui ob non dicendum testimonium pecuniam acceperunt *L.* 1. §. *sed et si quis D. h. t.* non teneri ergo eos qui nullam pecuniam acceperunt? Respondeo, sequelam hujus argumenti plane infirmam esse; nam et eodem loco dicitur, in legem corneliam eum incidere, qui ob dicendum testimonium pecuniam accepit, nec tamen inde sequitur, eum qui non accepit, si falsum testimonium dixerit, a crimine immunem esse. Oppositio autem, quam praesens locus admittit, hujusmodi est. Si quis ob non dicendum testimonium pecuniam accepit in corneliam incidit. Ergo qui nullam pecuniam accepit, si surgere testimonii perhibendi causa recusat, non incidit. Ratio, quia non potest videri falsum commisisse, qui omnino testimonium dicere noluit; at qui surrexit testimonii dicendi causa, et verum suppressit, sane a falso immunis non videtur. Idque in primis Syllae tempore verum fuit, quo plerique voluntarii testes erant, invitis autem in publicis dantaxat judiciis, et solus quidem accusator testimonium denunciabat, ut Quintilianus scribit *Instit.* 5. *cap.* 7.

» Illud quoque hac parte in controversiam deducitur, si pecuniam quidem ob testimonium dicendum acceperit, nec tamen producentem, sed adversarium ejus testimonio suo juverit, an in legem corneliam incidat? Ne-

gant id interpretes, ob id quod falsum testimonium non dixit, tametsi pecuniam acceperit. Mihi contra videtur; quoniam verba legis sine distinctione ita concepta sunt, ut *si quis ob testimonium dicendum pecuniam acceperit* poena falsi coerceatur *d. L.* 1. *§. sed et si quis D. h. t.* Itaque sive quo magis, sive quo minus verum diceret, pecuniam acceperit, teneri eum necesse est; etiamsi quo casu ob falsum testimonium pecunia data est, verum nihilominus dixerit. Omnino enim legislatori hic propositus scopus videtur, ne testes ullo modo pecuniam accipere possint, alioqui spe praemii proposita non defuturos, qui falsum dicere veliut. Atque haec mihi ratio sufficit; quam enim alii adjiciunt, videlicet quod duplex hic admissum sit corruptio, et perfidia, vereor ut defendi possit; neque enim perfidus proprie est, qui fidem rei turpis non servat. *Antonii Matthaeii de Criminibus Tom.* 1. *tit.* 7. *de lege corn. de falsis Cap.* 1. *de falso test. n.* 12.

Non è inoltre da confondersi la falsa testimonianza col mendacio di cui possa essere redarguito il testimone. Così Paolo.

» Quid sit falsum quaeritur? Et videtur id esse si quis chyrographum alienum imitetur, aut libellum, vel rationes intercidat, vel describat, non qui alias in computatione, vel in ratione mentitur (*verum est hunc mentiri, sed non incidit in senatusconsulto, quia non omnis mendax tenetur falsi*) *L.* 23. *D. ad leg. corn. de fals.*

Carpzovio da questa legge prende motivo di confermare il principio, che quantunque il mendacio contenga il falso in se stesso, pure non è sogetto a pena; imperciocchè l'oggetto che si depone essendo vero può essere ignoto al testimone.

» Quamvis enim mendacium per se quoque falsum sit, contra veritatem dictum, et poenam mereatur, lege tamen cornelia, quae falsi crimen punit non vindicatur *Joh. Schneidw. in §. item L. corn. de falsis, n.* 2. *Inst. de pub. jud.* nec in falsi crimen incidit, quod proprie committitur quoties animi dolum sequitur facti executio, ad pervertendam veritatem, et simulandum id, quod non est *L. quid sit falsum* 23. ubi Bartol. *D. ad L. corn. de fals.* Hinc infertur, quod testis deponens aliquid quod in se sit verum, ipsi tamen ignotum, dicatur potius falso deponere, quem falsum; et ideo non tenetur vera falsi poenae quemadmodum nec ille, qui hunc ad testificandum induxit *Petr. Cabal. resolut. crim. cas.* 38. cum aliis ab ipso relatis. *Carpzovii Practicae rer. crim. Pars.* 2. *Quaestio* 93. *n.* 9.

Finalmente Caravita nelle sue istituzioni criminali enumera i requisiti, che debbono riunirsi, perchè il detto del testimone sia dichiarato falso.

» Testis vero, ut falsus puniatur, multa conveniant. Primo, ut de falsitate accusetur. Secundo, in judicium falsum dicat. Tertio, falsitas ex actis pateat. Quarto, coram judice testatus sit, non item apud actuarium. Quinto, ipsius assertio verbis affirmativis concepta. Sexto, scienter. Septimo, falsitas unita dolo. Octavo, falsitas nocuerit jam, vel ad nocendum habilis. Nono, sit super capitulis a producente productis. Decimo, accedat circumstantiis substantialibus, non accidentalibus. Undecimo, testis sagax, non ignarus. Duodecimo, in judicium appelletur cum exemplari assertionis falso factae. Tertiodecimo, nullus pro eo in judicio sistat. Quartodecimo, fateatur hic suum judiciale testimonium, quod contrariis testimoniis non reprobetur, demum contumacia rite, et recte habeatur: haec dum non conveniunt, non potius repugnantia dicere, atque falsa videtur. *Caravitae Instit. crim. Lib.* 4. *Cap.* 62. *de falsis. n.* 27.

Il signor Alberici, autore dei comentarj sul codice dei delitti e delle pene pel regno d'Italia, ci presenta i seguenti quesiti:

» 1. Se avendo un testimone falsamente deposta una circostanza intrinseca della causa, per esempio, dichiarando di non esser parente dell'accusato, quando in realtà lo fosse, niun danno però arrecando alla verità nella sostanza della sua deposizione, possa considerarsi reo di falsa testimonianza?

» 2. Se avendo detto il falso un testimone non giurato, possa ad esso applicarsi la pena prescritta dalla legge per le false testimonianze?

» 3. *Quid*, se si trattasse di semplici dichiarazioni scritte?

« 4. Se possa riputarsi reo di falsa testimonianza colui che ha mentito, obbligato a ciò fare con minacce di assassinio, di veneficio o d' incendio?

« 5. Se, e come sia punibile quegli che impedì ad alcuno di presentarsi in giudizio a fare da testimone?

« Rapporto al primo quesito, bisogna dire che dove non ci sia pregiudizio alla verità, eccetto nella circostanza mentita, non si possa riputare sussistente il misfatto di falsa testimonianza, perchè non è falso testimone, in vero senso, che quegli il quale mentisce alla giustizia per sovvertire l' ordine delle cose, per fare, cioè, un pregiudizio all' accusato, o un danno alla società che punisce il reo.

« In questo caso adunque (seppure non si tratti che la circostanza mentita abbia una decisa influenza sulla causa e che quindi la mensogna sia perniciosa) non si può dare una falsità, male conciliabile con un caso, il cui evento viene in niuna guisa compromesso, o alterato per il libero corso della giustizia.

« Sopra questi principj sembra facile ancora il comprendere come sia al caso inapplicabile la pena di falsa testimonianza se si tratti di persone che hanno deposto senza giuramento, (*L'articolo* 195 *delle nostre leggi penali stabilisce diversa dottrina. Punisce la falsa testimonianza non giurata con un grado meno della pena ordinaria*) o in iscritto; perchè se per stabilire la perfetta qualità di testimone è necessaria la prestazione del giuramento, e la verbale deposizione, è evidente che non avendo un' assoluta e decisa influenza sull' esito della causa non possono costituirsi colpevoli di falsa testimonianza.

« Nè giova il dire che in alcuni casi sono sospette ancora le deposizioni scritte al pari di quelle di alcuni testimoni non giurati, avvegnacchè non solo si vede che la legge vi attribuisce un riguardo astratto e vago, ma sussiste sempre, che non si dà nel mendace la qualità di testimone nel senso perfetto criminale, per cui regger deve il quesito da noi proposto.

« Dall' avere poi la legge contemplato in alcuni casi speciali la falsità commessa ne' semplici certificati, in quei casi cioè, che sono calcolati per un qualche effetto reale, parmi che si possa concludentemente desumere che per regola ordinaria le false attestazioni scritte non sono punibili come false testimonianze, perchè le disposizioni speciali fanno conoscere il senso contrario del dritto nelle materie generali.

« Circa poi il dubbio, se sia colpevole di falsa testimonianza colui che ha mentito per essere stato minacciato nella vita; se la minaccia era imponente ed obbligatoria, e se depose il falso in un giudizio non capitale, parmi che non si possa riputare colpevole; giacchè, come dice il celebre Filangieri, è lecita la scelta di un male maggiore per evitare un minore nel proprio individuo. Noi eccettuamo il caso di un giudizio irreparabile; perchè in allora le disastrose conseguenze, che ne deriverebbero, sariano molto più perniciose, che quelle toccanti l' interesse del testimone; dovendo in così grave caso preferire il suo male incerto, e che può ammettere riparo alla perdita sicura della vita dell' accusato.

« Questo principio che garantisce l' innocenza di un' azione per il concorso di una libertà contro sua voglia, si desume dalla disposizione dell' articolo 64 del nostro codice, ch' esime dalla imputazione criminosa quell' azione che si è commessa in dipendenza di una forza, alla quale non si è potuto resistere. Di fatti sembra ovvio il ritenere che per forza irresistibile dobbiamo intendere non solo una forza fisica, ma ancora una forza morale, perchè si danno benissimo anche gli ostacoli della volontà, e le prepotenti azioni della medesima; e perchè anche la legge generale vuol essere intesa generalmente, come la legge penale benignamente. Del resto ove alcuno rifiuti questa opinione, siamo sicuri che altri ne convengono con noi, specialmente sulle tracce della stessa nostra legge, la quale se punisce le minacce in discorso con pene gravissime, perchè tali minacce annunziano un disegno premeditato di fare il male, e perchè la persona minacciata si trova in una situazione tanto più critica, quanto che non può garantirsi continuamen-

te da qualche funesta sorpresa, e teme sempre di esser presto o tardi, ed in un momento inaspettato vittima del misfatto di cui, è minacciata, se trasgredisce l'ordine che le viene intimato. Ciò fa conoscere ch'essa pure conviene della mancanza della libertà nell'azione, donde ne deriva la mancanza del dolo, quindi anche del delitto e della pena.

» Per ultimo coloro che si maneggiano ad impedire le testimonianze, anzi che ad alterarle, sebbene sieno colpevoli di un più mite delitto, non devono per questo riputarsi immuni da ogni pena. Le leggi delle dodici tavole punivano questo delitto colla infamia.

» Le nostre lo sottopongono a quelle pene, cui soggiace il testimone contumace, perchè viene come complice di tale delitto posto nella stessa situazione. In caso però di minacce di assassinio, veneficio, o incendio subirebbe l'analoga pena trattandosi che questo delitto maggiore attrae sempre il minore.

» Senza innoltrarci di vantaggio su questa materia, può il lettore consultare il capitolo 10 *del delitto contro l'ordine pubblico* di Blekstone, per conoscere le pene che trae seco la falsa testimonianza in Inghilterra. *Alberici Osservazione all'articolo* 365. *del cod. penale.*

Finalmente osserviamo con Desquiron, che» per farsi una idea esatta del torto che può risultare da una falsa testimonianza, bisognerebbe percorrere la storia de' tribunali, o piuttosto basterebbe leggere l'arringa dell'illustre cancelliere d'Aguesseau nella causa del signor de la Pivardiere.

» In quel processo vedrebbesi figurare Margarita Menier, e Caterina Lemoyne, le due serventi della signora de la Pivardiere; si vedrebbe ora denunziare l'assassinio del loro padrone, indicare il giorno, l'ora, il luogo, nominare gli assassini, ed indicare gl'istrumenti del delitto; ora ritrattare le loro confessioni, assicurare i giudici istruttori di aver violentata la loro coscienza; fare bentosto ai loro ginocchi un'emenda onorevole di questa ritrattazione, e riferirla per attenersi alla loro prima deposizione.

» Si vedrebbero in fine, gettare ad ogni istante i magistrati nella maggiore perplessità, ed arrestare l'azione della giustizia sino al giorno in cui convinte di falsa testimonianza lasciarono la loro testa sul palco.

» Dopo queste generali considerazioni noi ci occuperemo di una quistione, che questa materia importante presenta.

» Trattasi di sapere se la falsa testimonianza orale deve essere punita nella stessa guisa che la falsa testimonianza scritta, vale a dire quella, che risulta evidentemente da una deposizione scritta, firmata dal testimonio.

» In generale si può rispondere, che il delitto commesso dal falso testimonio è lo stesso nell'uno, e nell'altro caso. Evvi spergiuro, e falso materiale nella deposizione scritta che contiene una falsa testimonianza ed esiste spergiuro e falso morale nella deposizione fatta all'udienza in presenza dell'accusato.

» Noi non ignoriamo, che l'ordinanza del 1670 permetteva al testimonio di ritrattarsi fino al tempo in cui i testimonj venivano per la seconda volta interrogati, e che non potevasi contro di esso procedere come reo di falsa testimonianza se non quando la sua ritrattazione era posteriore al suo confronto coll'accusato.

„ Noi non ignoriamo, che tutti i criminalisti si accordano allora nel non riconoscere una falsa testimonianza in una prima dichiarazione, la quale può avere per l'accusato i più funesti risultati.

» Noi non ignoriamo finalmente che sotto il regime del codice penale del 1791 e del codice penale dell'anno 4 la falsa testimonianza scritta avanti l'uffiziale di polizia giudiziaria non era considerata come un delitto, e che la corte suprema ha cassate varie sentenze, che avevano applicata la pena portata contro i falsi testimonj a degli individui che avevano fatte delle false dichiarazioni avanti l'uffiziale di polizia giudiziaria.

» Noi però persistiamo ciò nondimeno a pensare che la pena deve incorrersi nell'uno e nell'altro caso.

» Veramente la falsa testimonianza esercitata avanti il giudice istruttore non porta seco altro dispiacere per l'accusato che quello di vedersi rinchiudere nelle carceri,

mentre che la falsa testimonianza orale può colpirlo di una sentenza di morte o di una sentenza che lo strappi per un tempo, od a vita dalla civile società. Ma non è dunque un nulla l'essere strappato dal seno della propria famiglia, dalle braccia di un padre, di una tenera madre, e di una sposa diletta per essere trascinato nelle prigioni? non è dunque nulla il sopportare lo spavento di una processura criminale, di perdere nel tempo stesso per un'ingiusta accusa il suo onore, il suo credito, la sua libertà? devonsi annoverare fra il numero degli accidenti ordinarj della vita, i dolori, che fanno provare all'innocente lo strepito scandaloso della sua prigionia, il solo sospetto di cui l'ha macchiato la pubblica opinione? i suoi parenti hanno forse arrossito del vincolo che ad esso gli univa; i suoi amici l'hanno forse sfuggito dietro quest' apparenza, egli ha forse perduta la loro stima, ed è stato ridotto a giustificarsi.... Giustificarsi quando si è innocente! giustificarsi allorchè secondo l'uso del giorno tutto è contro l'apologista, e tutto in favore del calunniatore? Devonsi finalmente per nulla calcolare le umiliazioni innumerevoli, alle quali ha egli dovuto soggiacere nel tempo della di lui prigionia? dei carcerieri han posto sopra di lui le loro mani mercenarie; egli si è trovato associato a degli scellerati; ed è stato costretto di prestare l'orecchio ai loro orrori, ed a vederli annoverati nel numero de' suoi eguali.

» Ah! noi infelici, senza dubbio, se le nostre leggi assicurassero l'impunità a coloro, che per odio, o per vendetta darebbero così in preda all'onta ed all'obbrobrio il loro sventurato nemico, e lo condannerebbero a gemere innocente nelle carceri per venire, dopo essersi lungo tempo compiaciuto dell'infortunio di lui, a dichiarare ora'mente che la loro deposizione scritta non conteneva la verità! È facile comprendere che questi dottori freddi, ed insensibili ai mali dell'umanità abbiano potuto nel silenzio del loro gabinetto tracciare delle teorie così funeste; ma il legislatore che ama gli uomini, che si occupa della cura di renderli migliori per renderli felici, è ben lontano senza dubbio da queste stranissime idee; egli ci assicura al contrario, con eque disposizioni proprie ad ispirare al delitto un terror salutare, e ad offrire una maggior garantia all'innocenza.

» *Qui mendax in uno mendax in omnibus*: tale è la massima ricevuta dai giureconsulti. Il testimonio, che oralmente depone in un modo diametralmente opposto alla sua prima dichiarazione è un falso testimonio; perchè o ha egli mentito avanti il giudice istruttore, o egli mente attualmente avanti i giudici in presenza dell'accusato. Sotto l'uno, e l'altro rapporto egli non merita fede, e non solo la di lui deposizione dev'essere rigettata, ma ancora si è egli meritata la pena portata dalla legge.

» È certo che si tenterà di combattere i nostri principj con una considerazione desunta da ciò che il falso testimonio, che avrà fatta una falsa testimonianza per iscritto, pel timore del castigo non avrà coraggio di ritrattarsi avanti l'accusato, e che per conseguenza il rigore della nostra dottrina potrà sovente condurre degl'innocenti alla morte; ma noi risponderemo, che una tale considerazione non può distruggere la regola, che vuole che ogni delitto commesso colla intenzione di nuocere altrui sia punito in nome della società. Ora la falsa testimonianza è un delitto; essa apporta sovente ad un cittadino onesto un danno irreparabile nella sua sostanza, nel suo credito, e nel suo onore; la giustizia, e l'equità si combinano per domandarne la punizione. *Desquiron Trattato della pruova testimoniale Tit.* 5. *Cap.* 2. *sez.* 8. *Dei falsi testimoni*.

» §. 2. Chiunque sarà colpevole di falsa
» testimonianza in materia criminale o con-
» tro dell'imputato, o in favore del mede-
» simo sarà punito col primo grado de'ferri.

» Nondimeno se l'accusato sia stato con-
» dannato ad una pena più grave del primo
» grado de' ferri, il falso testimone che ha
» deposto contro di lui, soggiacerà alla stes-
» sa pena *Art.* 188. *Leg. pen.*

Alcune osservazioni discendono dall'esame di questo articolo.

1. Se l'accusato sia stato condannato come recidivo, o come reiteratore ad una pena più grave del primo grado de'ferri l'aumento

di questa pena, che gli si è applicata in considerazione de'suoi reati, o delle sue imputazioni precedenti, sarà anche di norma per punire il falso testimone? Non cade alcun dubbio per l'affermativa. Il secondo misfatto falsamente attribuito a colui, che dal misfatto stesso risente più grave la sua imputazione, e d'onde più rigorosa la giustizia alza la scure per punirlo; questo secondo misfatto già animato a danno di chi n'era innocente, fissa la misura della punizione. Quindi è di ragione, che il testimone riporti la stessa pena.

2. Li medesimi requisiti di recidiva, e di reiterazione possono rinvenirsi in persona del falso testimone; in questo caso l'aumento della pena avrà anche luogo contro di lui? L'affermativa è di dritto. Solo per la reiterazione è da osservarsi, che se il testimone sia incorso nel medesimo genere di reato (Vedi *Reiterazione* §. 1.) dee in allora aumentarglisi la pena. Nella ipotesi contraria cade sotto le disposizioni dell'articolo presente per la misura delle pene che vi sono stabilite.

3. Se l'accusato fosse un minore di nove anni, che per l'articolo 64 delle leggi penali resta esente da ogni pena, il falso testimone resta del pari impunito? La negativa si desume dalla prima parte dell'articolo in esame. Ivi non si parla, che della pena ordinaria del primo grado de'ferri, dovuta in generale per la falsa testimonianza, senza metterla in rapporto colla pena più grave cui l'accusato fosse condannato nei termini della seconda parte del medesimo articolo. Imperciocchè nella ripartizione delle pene stabilite pel falso testimone, si fissa prima il primo grado de'ferri; e quindi si eguaglia la pena a quella dell'accusato, quando questi riportasse la pena maggiore del primo grado de'ferri. A buon conto il semplice falso che si depone a danno di alcuno, sia che questi fosse condannato per effetto di questa falsa deposizione, sia che non fosse condannato pei riguardi personali attribuitigli dalla legge, la falsa testimonianza è sempre colpita dalla sua pena.

4. Se il maggiore di nove anni, e minore di quattordici viene inteso come testimone, e depone il falso, può essere accusato di falsa testimonianza, quantunque per l'articolo 247 delle leggi di proced. pen. non abbia dato giuramento? L'affermativa sembra chiaramente dettata dall'articolo 195 delle leg. pen., con cui si dispone diminuirsi di un grado la pena *se nella falsa testimonianza non si sia prestato giuramento*. Ma questa sanzione è sempre dipendente dall'esame che faccia la gran corte della circostanza se il testimone abbia agito con discernimento. In questo caso la pena della reclusione sostituita dall'articolo 65 delle leggi penali alle pene più gravi, servirà di norma per stabilire la diminuzione di un grado prescritto dal riferito articolo 195. (*Vedi* §. 9.)

5. Se l'accusato fosse stato condannato per un misfatto tentato ad un grado meno del misfatto consumato, e per un misfatto mancato ad uno o due gradi meno, questa medesima gradazione di pena sarà tenuta pel falso testimone? È d'uopo distinguere. O la pena applicata all'accusato è meno del primo grado de'ferri, questo grado di pena è quello dovuto al falso testimone; o è maggiore, questa pena più grave è a lui dovuta.

Le leggi di procedura nei giudizj penali additano inoltre la regola per ricondurre il testimone, che vacilla, alla verità, e pel procedimento quando egli è convinto di falso.

» *Art*. 264. Un testimonio che vacilli nella sua deposizione può essere ricondotto alla verità con essere avvertito, o tenuto in disparte, ed anche col mandato, o arresto.

» Questa facoltà è confidata alla probità, e prudenza della gran corte.

» *Art*. 265. Se dalle discussioni delle pruove risultassero gravi argomenti della falsità di una deposizione di testimonio, il procurator generale può richiedere che il testimonio anzidetto si metta in istato di arresto.

» La gran corte può dare tali ordini anche di uficio.

» *Art*. 266. È nelle facoltà della gran corte il riserbarne le deliberazioni al tempo che essa si riunirà nella camera del consiglio per pronunziare sulla causa principale.

» Pendente tale decisione, può il testimonio, dietro gli ordini del presidente, essere guardato dalla forza pubblica, o esser messo in prigione con un mandato di deposito spedito dal presidente. »

» *Art.* 279. Può la gran corte nella stessa decisione di libertà assoluta soggiungere che si apra una procedura di calunnia, o di falso contro i querelanti, i denuncianti, le parti civili, ed i testimonj.

» Può egualmente soggiungere che si spedisca contro di costoro un mandato di arresto.

» Ove nol faccia, resta salvo il dritto all' assoluto d'intentare un separato giudizio. »

Fu questione presso la suprema corte di giustizia se il testimone dopo aver deposto nel primo giudizio contro l'accusato di misfatto, il quale ne riporta una condanna, ritratti nel secondo giudizio la sua deposizione che giova al condannato, possa egli sotto quest' ultimo rapporto essere rinviato al giudice correzionale. La negativa venne pronunciata con decisione de' 12 marzo 1823.

» *Fatto* - Vincenzo Cavallo con decisione de'30 novembre 1821 era stato dalla gran corte criminale di Capitanata condannato a quindici anni di ferri, alla malleveria di docati ducento per cinque anni, ed alle spese del giudizio, come colpevole di furto qualificato per la violenza, pel mezzo, pel luogo, e pel valore a danno di Giovanni de Rensis ed altri.

» Questa decisione a ricorso del condannato fu dalla corte suprema annullata per motivi di rito insiem col dibattimento, e fu rinviata la causa alla gran corte criminale di Molise.

» La gran corte di Molise dopo aver trattata la causa in pubblica discussione, con decisione de' 20 novembre 1822 dichiarò non costare, che Vincenzo Cavallo avesse commesso il misfatto, di cui era stato accusato ed ordinò di mettersi in istato di libertà provvisoria. Ordinò poi di rinviarsi il testimone Tommaso Ciavarella al giudice del circondario, il quale avesse dovuto procedere contro lo stesso per la falsa testimonianza emessa contro dell'accusato Cavallo nella pubblica discussione tenuta innanzi alla gran corte di Lucera, e poi ritrattata nella pubblica discussione tenuta innanzi di lei.

» Contro di questa decisione il pub. minist. presso la gran corte suddetta ha prodotto due separati ricorsi, il primo nell' interesse della legge, l'altro nell' interesse della pubblica persecuzione contro il testimone Ciavarella.

» Il primo ricorso è fondato sul motivo di essersi dalla gran corte dichiarato non necessario il testimone a carico Domenico Russo, senza sentire esso pub. minist. nelle sue conclusioni, per cui erasi violato l'articolo 242 delle leggi di procedura penale.

» Coll' altro si sostiene, che avendo il testimone Tommaso Ciavarella deposto con giuramento a carico dell'accusato Cavallo nel primo dibattimento tenuto innanzi la gran corte di Lucera, dalla quale erasi pronunziata decisione di condanna, ed avendo il Ciavarella ritrattata nella novella discussione la sopraddetta prima dichiarazione, la sua falsità menava perciò alla competenza criminale, e non già alla competenza correzionale.

» Udito il rapporto, ed inteso l'avvocato generale Vecchioni, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto di rigettarsi il ricorso nell' interesse della legge, e di ammettersi quello relativo al testimone Ciavarella, con annullarsi la decisione per questa parte.

» La corte suprema di giustizia deliberando ec.

» Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso.

» Considerando sul ricorso nell' interesse della legge, ch' essendo mancati nella pubblica discussione varj testimonj a carico, il pub. minist. si riserbò di requirere sul di loro conto dopo intesi gli altri testimonj presenti: che posteriormente avendo spiegate le sue requisitorie pe' testimonj suddetti non interloquì sul testimone Domenico Russo: e che la gran corte sulle considerazioni che non avendo il pub. minist. interloquito sul detto testimone, ciò importava una non curanza del medesimo, che la di costui dichiarazione non meritava l'attenzione di essa gran corte, e che lo stesso trovavasi detenuto nelle prigioni di altra provincia, lo dichiarò non necessario.

» Considerando, che con tal deliberazione la gran corte fece uso del dritto accordatole dall'articolo 242 del rito penale, che prima della deliberazione, si udirono le conclusioni del minist. pub., e che il suo silenzio su di una parte della questione non poteva impedire alla gran corte di pronunziare sulla ne-

cessità o non necessità del detto testimone Russo, essendosi già al termine della pubblica discussione.

» Rigetta il ricorso prodotto dal pub. minist. nell' interesse della legge.

» Sul ricorso poi nell' interesse della parte, relativo al testimone Tommaso Ciavarella, la corte suprema fa le seguenti considerazioni Tommaso Ciavarella nel primo dibattimento tenuto innanzi la gran corte di Lucera avea deposte varie circostanze contro dell' accusato Cavallo, il quale perciò riportonne la condanna di sopra espressata. Nel secondo dibattimento tenuto innanzi la gran corte di Molise Ciavarella si ritrattò sostenendo, che nel primo avea deposto il falso perchè sedotto dal suo padrone D. Donato de Teo. Il pub. minist. allora richiese, che contro del testimone stesso si fosse aperto giudizio di falso in linea criminale, per aver deposto in un giudizio criminale contro dell' accusato, e contro del quale erasi pronunziata decision di condanna. La gran corte però sulla considerazione, che sebbene il Ciavarella avesse deposto il falso nella prima discussione, pure avendo ritrattata la dichiarazione suddetta prima della discussione della causa, la di lui imputazione era prevista dall' articolo 193 delle leggi penali, il quale prescrive una pena correzionale, dichiarò la causa di competenza correzionale.

» Questo ragionamento dalla gran corte è patentemente illegale. Ciavarella avea deposto il falso nel primo dibattimento, il quale era stato susseguito da una decisione di condanna dell' accusato. Egli adunque avea consumato il reato nel primo giudizio, ed in esso niuna ritrattazione vi era stata prima della decisione, per cui il suo reato era preveduto dall' articolo 188 delle leggi penali, senza potersi dar luogo alla diminuzione di pena prescritta dall' articolo 193. La ritrattazione si fece dal Ciavarella nel secondo dibattimento, e perciò non poteasi retrotrarre ad un' epoca anteriore alla prima decisione. Se dunque la falsa testimonianza avea avuto luogo nel primo giudizio, e se questo giudizio terminò con una decisione, la ritrattazione fatta nel secondo giudizio non poteva recare alcun cangiamento al reato già precedentemente consumato.

» Dalle esposte cose risulta evidente, che la gran corte di Molise nel dichiarar di competenza del giudice correzionale la causa di Tommaso Ciavarella, abbia manifestamente violati gli articoli 188, e 193 delle leggi penali così concepiti.

» 188. Chiunque sarà colpevole di falsa testimonianza in materia criminale, o contro dell' imputato, o in favore del medesimo, sarà punito col primo grado de' ferri.

» Nondimeno se l' accusato sia stato condannato ad una pena più grave del primo grado de' ferri, il falso testimone, che ha deposto contro di lui, soggiacerà alla stessa pena.

» 193. Il falso testimone, egualmente che la persona che ha formato o scientemente prodotto una carta falsa, se si ritratti prima della decisione o sentenza, sarà punito col primo, al secondo grado di prigionia, quante volte per la falsità sarebbe stato punito di pena criminale. »

» Quante volte però per la falsità sarebbe stato punito di prigionia o confino, o di altra pena correzionale, allora verrà punito con una delle pene di polizia. »

» Per tali considerazioni annulla la suddetta decisione per la sola parte relativa al testimone Ciavarella.

Vedi. *Calunnia* §. 3. *Decisione dell' abolita corte di cassazione de' 6 dicembre* 1814.

» §. 3. Chiunque sarà colpevole di falsa
» testimonianza in materia correzionale o di
» polizia contra l' imputato, o in favore del
» medesimo sarà punito col secondo al terzo
» grado di prigionia. *Art.* 189. *Leg. pen.*

Quando dalle discussioni delle pruove risultassero gravi argomenti della falsità di una deposizione del testimone in giudizio correzionale, colla seconda parte della articolo 369 delle leggi di procedura ne giudizj penali, venne ordinato che il giudice non può spedire che il mandato di deposito, e rimettere l' arrestato al procurator generale presso la gran corte criminale. Queste disposizioni sono state modificate con circolare de' 2 febbraro 1820 del ministero di grazia, e giustizia.

» Ai regj procuratori generali presso le gran corti criminali.

» Signori.

» L'articolo 369 delle leggi di procedura penale nel caso di gravi argomenti di falsità contra il testimone che depone nella pubblica discussione correzionale, ordina la spedizione del mandato di deposito e l'invio dell' arrestato al procurator generale.

» Or siccome il più delle volte avviene che la falsa deposizione in materia correzionale sia punibile correzionalmente, e che non diventa misfatto se non in casi rari e per qualche circostanza particolare, così l'invio dell' arrestato al procurator generale diverrebbe spesso frustraneo, dovendo essere restituito al giudice di circondario per procedersi al giudizio. Quindi per prevenire questo inconveniente il giudice del circondario nel caso in questione, prima di eseguire l'invio dell' arrestato, farà un distinto rapporto al procuratore generale, ed attenderà le sue disposizioni.

» Comunicheranno queste spiegazioni a' giudici de' circondarj, onde vi si conformino. *Il Marchese Tommasi.*

» §. 4. Il colpevole di falsa testimonianza » in materia civile sarà punito colla pena del » primo al secondo grado di prigionia. *Art.* » 190. *Leg. pen.*

È principalmente da osservarsi che il testimone in causa civile, per l'articolo 357 delle leggi di procedura ne giudizj civili, dee giurare di dire il vero. Quindi deponendo il falso di ciò su cui viene interrogato, cade giustamente nella punizione inflitta dall' articolo in esame.

Si osserva in secondo luogo, che non sono a confondersi colla falsa testimonianza le mutazioni che il testimone possa fare nella sua deposizione. Queste mutazioni sono permesse dalla legge.

» Mentre vien letta la deposizione può il testimone farvi quelle mutazioni ed aggiunte che stimerà conveniente. Saranno esse scritte nel fine o nel margine della deposizione medesima: saranno poi lette al testimone ancor queste, e ne sarà fatta menzione. *Art.* 367. *Leg. di proced. ne giud. civ.*

» La deposizione del testimone, come pure le mutazioni ed aggiunte che potrà farvi, saranno firmate da esso, dal giudice e dal cancelliere: e se il testimone non vuole o non può sottoscrivere ne sarà fatta menzione. *Art.* 369 *Idem.*

» §. 5. Il falso testimone in materia cor» rezionale, di polizia, o civile che ha ri» cevuto denaro, una ricompenza qualunque » o una promessa, sarà punito col terzo gra» do di prigionia. In qualunque caso ciò che » il testimone avrà ricevuto sarà confiscato. » *Art.* 191. *Leg. pen.*

Il presente articolo stabilisce la pena pel testimone che riceve una mercede deponendo il falso in materia correzionale, di polizia, o civile. E se egli non riceve mercede alcuna sarà anche punito? Le disposizioni contenute negli articoli 189 a 190 (§. 3. e 4.) sono per l'affermativa. Solo la diversa gradazione delle pene divide le ipotesi dei giudizj, e delle circostanze che accompagnano la falsa deposizione in rapporto al compenso, sia o no accettato.

» §. 6. Il colpevole di subornazione de' » testimonj sarà condannato al *maximum* della » pena del falso testimone: ed ove il falso » testimone sia stato con effetto punito col » *maximum* della pena, il subornatore sarà » punito col grado superiore di pena, risa» lendo inclusivamente alla morte. *Art.* 192. » *Leg. pen.*

Il principale requisito della subornazione del testimone è il danaro consegnato a costui per obbligarlo a deporre il falso, o a non deporre ciò ch' egli conosca di un fatto. Così Callistrato.

» Qui ab testimonium dicendum, vel non dicendum pecuniam accepisse judicatus, vel convinctus erit. *L.* 3. §. *ideoque in fi. D. de testibus.*

Vi è anche subornazione del testimone, se questi depone aver detto il falso solamente per condiscendere alle premure di alcuno? Giulio Claro risponde affermativamente.

» Subornans testes ad dicendum falsum, dicitur falsum committere, sicut et ipse testis falsum deponens. Sed nunquid est dandi fides ipsis testibus dicentibus se precibus alicujus falsum testimonium perhibuisse? respondeo quod non. *Julii Clari Sententiarum Lib.* 5. §. *Falsum n.* 4.

La subornazione malgrado i rapporti della

complicità col falso testimone, vien punito più severamente di costui. » Questo aumento, dice Monseignat al corpo legislativo di Parigi, è dovuto al subornatore, il quale è più che un complice ordinario; mentre il misfatto è ordito, e consumato unicamente pel suo interesse. Il falso testimone è nelle sue mani uno strumento docile e corrotto.

» Ma affinchè la subornazione possa essere punita, fa d'uopo che la falsa testimonianza che n'è l'oggetto, sia stata realizzata. Il subornatore può, finchè non sia fatta la dichiarazione, sospendere, o negare la falsa testimonianza.

» D'altronde la provocazione alla falsa testimonianza non può essere confusa col tentativo di questo misfatto. Dessa è sempre personale al testimone; e quando quest'ultimo è innocente, il subornatore è soltanto colpevole di un progetto criminale senza principio di esecuzione. Condannato dalla sua coscienza non potrebbe esserlo dai tribunali. *Rapporto de' 17 febbraro* 1810.

Sul medesimo argomento osserva Dufour che a la sezione criminale della corte di cassazione di Parigi decise a 9 marzo 1809 nella causa di Michele Jardin che il tentativo di subornazione de'testimoni non poteva, se non v'era stata falsa testimonianza, essere riputato un'atto di complicità, o essere considerato in se stesso come un tentativo di falsa testimonianza. *Dufour Osservaz. all'art.* 365 *del cod. pen.*

» §. 7. Il falso testimone, egualmente che
» la persona che ha formato o scientemente
» prodotto una carta falsa, se si ritratti pri-
» ma della decisione o sentenza, sarà puni-
» to col primo al secondo grado di prigio-
» nia, quante volte per la falsità sarebbe
» stato punito di pena criminale.

» Quante volte però per la falsità sarebbe sta-
» to punito di prigionia o confino, o di altra
» pena correzionale, allora verrà punito con
» una delle pene di polizia. *Art.* 193. *Leg. pen.*

Vedi §. 2. *decis. della sup. corte.*

Il beneficio concesso da questo articolo al testimone, che ritratta la sua falsa deposizione si estende benanche al subornatore? Il silenzio del legislatore darebbe luogo alla negativa; molto più che tutte le parti della subornazione sono già perfettamente esaurite fin da momento in cui il testimone sedotto ha falsamente deposto. Ma tale sentimento incontra in termini precisi una sanzione opposta. Se il precedente articolo 192 (§. 6.) consagra il principio, che *il colpevole di subornazione de' testimonj sarà condannato al* maximum *della pena del falso testimone*; è ben evidente, che il subornatore debba essere punito col massimo di quella pena di prigionia, e di polizia, cui il testimone è riportato per la sua falsa deposizione ritrattata. Intelligenza diversa formerebbe dell'indicato articolo 192 una eccezione pel nostro caso; quando la massima che contiene per l'applicazione della pena al subornatore, è generalmente stabilita.

» §. 8. I periti, quante volte scientemen-
» te attestino fatti falsi in giudizio, o dolo-
» samente dieno falsi giudizj, saranno puniti
» come falsi testimoni a'termini degli articoli
» precedenti. *Art.* 194. *Leg. pen.*

» Il signor Louis dottore in medicina, al dir di Desquiron, che per li suoi travagli ha meritato il titolo di amico della umanità, in una memoria sopra un errore giudiziale commesso in pregiudizio di un certo Remigio Baronet, si occupa a dimostrare che non è soltanto nelle malattie alle quali gli uomini sono soggetti, che la chirurgia loro presta soccorso per rimediare a tali fisici disordini: le nozioni, egli dice, acquistate collo studio, e coll'esercizio dell'arte, trovano un utile applicazione nell'ordine morale. Lo stato, le sostanze, e l'onore dei cittadini sono pur troppo compromessi. Niuno è al sicuro da una imputazione calunniosa, che alcune circostanze singolari potrebbero accreditare: trovasi esposto alla infamia, ed anche al supplicio senza averlo meritato, per la negligenza o per l'errore di coloro, che hanno il dritto di pronunziare sulla sorte de'loro simili. *Desquiron. Trat. della prova testimoniale tit.* 5. *cap.* 2. *sez.* 3. *n.* 140.

Questo illustre amico della umanità che direbbe di coloro, che indotti dalla vile cupidigia calpestano il più sacro dei loro doveri per favorire la impunità, o per rendere più duro il destino di un colpevole?

» §. 9. Le pene stabilite negli articoli pre-
» cedenti saranno diminuite di un grado, se

» nella falsa testimonianza non si sia presta-
» to giuramento. *Art.* 195. *Leg. pen.*
Vedi §. 2. *Osservaz.* 4.

» TRANSAZIONE §. 1. La transazione
» è un contratto col quale le parti pongono
» fine ad una lite già incominciata, o pre-
» vengono una lite, che sia per nascere.

» Questo contratto debbe essere ridotto in
» iscritto. *Art.* 1916. *Leg. civ.*

La voce transazione largamente presa importa il condurre a fine in qualunque modo un affare: presa poi strettamente è il dar termine ad una lite, e ad una quistione dubbia e rimettere alla parte avversa un azione che gli compete. Così Ubero.

» Est transactio pactum de re dubia pretio componenda. Enimvero transigendi vox late sumpta significat, negotium quodvis ad finem quoquo modo perducere... Verum strictius, transigere est litem et rem dubiam sopire, pecuniaque ab adversario accepta competentem sibi actionem remittere. *Huberi Praelect. juris lib.* 2. *tit.* 15. *de transactionibus.*

Ulpiano fa poi rilevare una differenza tra la transazione ed il patto: vede l'una versare su cose dubbie ed incerte, vede l'altro riguardare una cosa certa, che partecipa della liberalità vicendevole delle parti.

» Qui transigit quasi de re dubia, et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur, donationis causa rem certam, et indubitatam liberalitate remittit. *L.* 1. *D. de transactionibus.*

Casus. Hanc signat rationem inter pactum, et transactum, et differentiam assignat; nam transactio fit cum dubium est debitum, ut ecce peto a te, tu autem negas te debere, unde mihi das aliquid transactionis nomine: aliter non esset transactum, et sic de re dubia, et lite incerta. Secus videtur in pacto: ut ecce peto a te decem quae mihi debes, tu autem non negas te debere: postea tibi facio pactum de non petendo, nullo misto, et sic in duobus differt transactio a pacto, ut hic. *Vivianus.*

Gl' imperatori Diocleziano e Massimiano rescrissero che la transazione essendo un contratto reciproco non può effettuarsi se non si dà, si promette, o si ritiene qualche cosa.

» Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit. *L.* 38. *Cod. de transactionibus.*

Casus. Non potest fieri transactio, nisi aliquid detur, vel promittatur, vel retineatur, quod procedit etiam cum reus liberat actorem pro aliquo quod sibi debet, et supple hic vel remittatur. *Accurs.*

Delvincourt osserva che per esservi transazione è necessario, che vi siano reciproci sacrificii, attenendosi alla detta legge 38. Ma Domat, egli soggiunge, riflette con ragione che ciò non debba essere inteso letteralmente, e che vi possa essere transazione benchè una delle parti non faccia alcun sacrificio. Ed allora in che la transazione differisce dalla rinunzia alla lite di cui fan parola gli articoli 402 (495) e seguenti del codice di procedura? La rinunzia alla lite importa soltanto la rinunzia al procedimento, ma non al dritto d' intentare una seconda volta l' azione su di nuovi elementi. La transazione importa l'abbandono dell'azione medesima. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 1. *al tit.* 7. *to.* 8.

Se l' oggetto della transazione non eccede la somma di ducati cinquanta nei termini dell' articolo 1295 richiede anche la scrittura? L' affermativa è dettata dall' articolo in esame: Delvincourt non ne vede altra ragione se non che quella che la transazione essendo un mezzo da terminar le liti, non si è voluto che potesse dar luogo ad una lite sulla questione di sapersi se vi fosse o no stata transazione. *Corso di cod. civ. nota* 2. *Ibidem.*

» §. 2. Per transigere è necessario che si
» abbia la capacità di disporre degli oggetti
» compresi nella transazione.

» Il tutore non può transigere per lo mi-
» nore o per l' interdetto se non a norma
» dell' articolo 390 nel titolo della *minor età*,
» *della tutela e della emancipazione*; e nem-
» meno può transigere col minore divenuto
» maggiore, sopra i conti della tutela, se
» non osservate le forme prescritte nell' ar-
» ticolo 395 dello stesso titolo.

» I comuni, i pubblici stabilimenti di be-
» neficenza, ed in generale i corpi morali
autorizzati dalla legge non possono transi-
» gere se non coll' autorità espressa del Re.
» *Art.* 1917. *Leg. civ.*

» Le leggi romane, dicono gli autori delle pandette francesi, esigevano imperiosamente per la validità della transazione, che le parti fossero maggiori; e ciò vien ripetuto in tutti i testi. Questa regola era stata ammessa nella nostra giurisprudenza. Non si poteva transigere con un minore; e questa proibizione che sembrava stabilita in suo favore, spesso gli diventava funesta, consumando in ispecie la sua fortuna.

» Il codice civile ha fatto a questo riguardo una felice innovazione nella nostra giurisprudenza coll'articolo 467 (468) nel titolo della tutela.

» Da questo articolo conferito con quello sul quale scriviamo risulta che la transazione fatta con un minore, quando si sono osservate le formalità prescritte dalla legge, ne ha tutta la forza, e tutta l'autorità; che il minore non può più di un maggiore intentare azione contro questo atto; e che non può impugnarlo se non coi medesimi mezzi che sarebbero permessi ad un maggiore. Altrimenti le disposizioni della legge sarebbero inutili. *Osservazione all' articolo 2046 del cod. civ.*

È valida la transazione tra il figlio emancipato, ed il padre che ha amministrata la di lui tutela? Gl' imperatori Diocleziano, e Massimiano han deciso affermativamente.

» Si superstite patre, per emancipationem tui juris, effecta, matri successisti, rebusque tuis per legitimum tutorem patrem, eundemque manumissorem administratis, postea transegisti cum eo bona fide (*scilicet interveniente ex parte tua: vel dic bona fide, quia dolus patris non intercessit*): perspicis quod pactum (*idest simplex transactio*) tantum factum sit, petitio tua per exceptionem (*replicabis tamen in factum, si pater dolum commisit, vel non replicabis, quando dolum non fecit pater*) submovebitur. Si vero novatio legitimo modo intercessit, et acceptilatio subsecuta est, nullam tibi jam superesse actionem. Sane si laesa es immodice (*idest ultra duos aureos, ut D. eod. L. si oleum in fi. vel dic judicis arbitrio aestimabitur*) liberatione solenniter per novationem, atque acceptilationem tributa, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est. *L. 5. Cod. de dolo malo.*

Casus. Filiam tuam impuberem a matre institutam emancipasti, res ejus, ut tutor legitimus administrasti, major facta tecum transegit; revocatur in dubium, an ei ex administratione obligatus esses, vult venire contra transactionem, an possit quaeritur? distinguitur, an fuit interposita transactio bona fide tua, an non. Primo casu aut fuit simplex pactio, aut vallata stipulatione; aquiliana subsecuta acceptilatione. Primo casu cum fuit simplex conventio, dabitur tibi exceptio. Secundo casu nulla sibi superest contra te actio, cum ipso jure liberetis, si autem mala fide sibi contra te in factum actio dabitur, cum de dolo dari non possit; quia contra parentem, vel patronum non datur. *Vivianus.*

La legge organica sull' amministrazione civile de' 12 dicembre 1816 dispone il modo come debbono aver luogo le transazioni pei contratti, e per le liti dei comuni.

» I comuni non possono acquistare, alienare o censire beni fondi; contrarre o transigere per l'acquisto di un dritto o per lo scioglimento di una obbligazione qualunque, senza nostro espresso assenso, accordato con un decreto sopra rapporto del Ministro dell' interno, e preceduto da voto decurionale, da un provvedimento di espedienza del consiglio d' Intendenza, e dagli altri solenni richiesti dalla legge. *Art.* 298. *Leg. de 12. dicem.* 1816.

» Qualunque atto comunale che contenga in tutto o in parte violazione delle forme prescritte ne' tre precedenti articoli, è nullo di dritto, e la sua nullità non può essere coverta nè da sanatorie posteriori, nè da prescrizioni legittime. *Art.* 301. *Idem.*

» Qualora il consiglio d' Intendenza conosca più espediente pel comune di transigere sull' azione che vuole intentare, senza impedire il giudizio, l' Intendente ne farà circostanziato rapporto al Ministro dell' interno, il quale darà le disposizioni opportune per promuovere la transazione. *Art.* 307. *Idem.*

» §. 3. Si può transigere sopra un interesse civile, che risulta da un delitto.

» La transazione non è di ostacolo al procedimento per parte del pubblico ministero. *Art.* 1918. *Leg. civ.*

La seconda parte di quest' articolo ha il suo rapporto coll' articolo 2 delle leggi di procedura penale. Dopo distinta l' azion penale dall' azion civile, l' una per la punizione del colpevole, l' altra per la riparazione del danno prodotto dal reato si dispone che

» L' azione penale è essenzialmente pubblica ed appartiene esclusivamente agli ufiziali che sono incaricati del pubblico ministero presso i magistrati istituiti per l' amministrazione della giustizia penale.

» L' azion penale debbe essere esercitata di ufizio in tutti i casi nè quali l' istanza privata non è necessaria per promuoverla. *Art.* 2. *Leg. di proc. ne giud. pen.*

Quindi sono distinti i delitti, e le contravvenzioni pei quali la domanda dell' offeso da esclusivamente luogo al procedimento, all' opposto dei misfatti pei quali è di ufizio l' esperimento dell' azione penale.

» Nè delitti e nelle contravvenzioni non può esercitarsi l' azion penale senza istanza della parte privata: salve le eccezioni dell' articolo seguente. *Art.* 38. *Leg. di proced. ne giud. pen.*

» L' azione penale sarà dal pubblico ministero esercitata senza bisogno d' istanza della parte privata, se i delitti o le contravvenzioni si commettono nè sacri tempj, negli uditorj di giustizia in atto che si amministra giustizia, o nè teatri nel tempo de' pubblici spettacoli.

» se si commettono da un ufiziale pubblico, o ufiziale ministeriale, o esecutore di atti di giustizia, o da ogni altro impiegato nell' esercizio delle proprie funzioni: o si commettono contro alcuno di costoro anche nell' atto dell' esercizio delle loro funzioni:

» se vengono a violare le leggi o i regolamenti forestali, o di caccia o di pesca:

» se vengono a violare le leggi o i regolamenti di polizia per la prevenzione de' reati, de' pericoli e delle pubbliche calamità:

» se vi sia stato omicidio, qualunque possa essere la conseguenza del giudizio:

» se vi sieno state ferite o percosse commesse con armi proprie:

» se vi sieno stati furti, benchè modici, commessi nelle pubbliche piazze, nè mercati, nelle fiere, e ne' bagni:

» se l' imputato sia stato condannato altra volta per misfatto o per delitto; o due volte per misfatto o delitto abbia goduto gli effetti della rinunzia all' istanza privata:

» se il reato non offenda alcun individuo in particolare, ma l' ordine pubblico in generale, come sarebbe l' asportazione delle armi vietate, l' evasione dalle prigioni, la vagabondità, l' improba mendicità, l' usurpazione de' titoli e funzioni pubbliche, e casi simili. *Art.* 39. *Idem.*

» Senza istanza della parte privata non si apre adito all' azione penale ne' reati di stupro, di ratto, di adulterio o di altro violento attentato al pudore.

» Quando però alcuno di questi reati sia accompagnato da altro misfatto o sia commesso con riunione armata, l' esercizio dell' azione penale è indipendente dall' istanza privata *Art.* 40. *Idem.*

» §. 4. Alle transazioni si può aggiungere » la stipulazione di una pena contra colui » che manchi di adempire alle medesime. *Art.* » 1919. *Leg. civ.*

È uniforme il rescritto degl' imperatori Diocleziano e Massimiano.

» Promissis transactionis causa non impletis (*ab altera parte*) poenam in stipulationem deductam si contra factum fuerit, exigi posse constat. *L.* 37. *Cod. de transactionibus.*

Casus. Si conveni te ad decem, et convenisti ut dares mihi quinque nomine transactionis, et si non dares stipulatus sum poenam si non facis quod convenisti, quaeritur an poenam petere possim? et responde quod sic. Vel si convenit inter transigentes, ut si quis eorum veniret contra transactionem solveret quinque nomine poenae, quaeritur an peti possit. Et responde quod sic, si ab alterutro eorum contra transactionem factum fuerit. *Vivianus.*

Paolo inoltre stabilisce per consiglio l' apporsi una pena alla transazione.

» Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subiici (*et deinde etiam in acceptilatione*, *alias non esset tranctio*) solet: sed consultius est huic (*scilicet pacto*) poenalem quoque stipulationem subjungere; quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti posset *L.* 15. *D. de transactionibus.*

» *Quoque*. Pro etiam quasi diceret non solum Aquilianam stipulationem. Sed secundum hoc quomodo potest rescindi pactum, ut subiicit cum sit in perpetuum extincta obligatio prima; ut infra de sol. *L.* qui res §. aream? Responde rescindi potest de facto, si non opponatur exceptio pacti, et aquilianae stipulationis: si autem opponatur non rescinditur, neque poena patitur, nisi aliter sit dictum. *Accurs.*

Casus. Transegi tecum; et consulit tibi haec lex ut facias quod te liberem a prima stipulatione, et hoc per acceptilationem. Item quod promittam tibi poena si controveniam. *Vivianus.*

Se una delle parti riviene su qualche oggetto compreso nella trasazione, e che mediante questa transazione medesima che gli è opposta, viene rigettato dalla sua domanda, il convenuto potrà esigere la pena? Non gli si opporrà il principio ch' egli non può nel tempo stesso ottenere la pena, e l' oggetto principale.

Delviocourt pensa » che tale quistione abbastanza delicata, e sulla quale le leggi romane stesse non sembravano essere di accordo. *L.* 10. §. 1. *de pactis. et L.* 122 §. 6. *D. de verb. obligat.* può essere risoluta mediante la seguente distinzione. Se tutto è finito colla transazione in modo, che nulla vi resti a fare, nulla ad eseguire tra le parti, e che ciò non ostante siavi stata stipulata una pena, si presumerà che le parti han voluto prevenire qualunque lite; e poichè ve n'è una, a pena è incorsa, quando anche la domanda dell' attore fosse stata rigettata. Ma se la transazione portava l'obbligo delle parti o di una di esse di dare o di fare qualche cosa, si presumerà che la pena non siasi stipulata che pel caso in cui le cose promesse non fossero eseguite; ed in conseguenza, se la parte che ha interesse alla esecuzione dell' obbligo agisce e l' ottiene, essa non potrà esigere la pena. Se la obbligazione era di non fare, siccome i danni ed interessi sono dovuti pel solo fatto della cotravvenzione (art. 1145) (1099) potrà esigere la pena che rappresenta il valore de' danni ed interessi; e se la cosa è fatta in contravvenzione può essere distrutta, essa è autorizzata a farla distruggere a spese del contravventore (art. 1144.) (1098). Del pari se la obbligazione era di fare, ma in un dato termine, si potrà secondo le circostanze pensare che la pena sia stata stipulata solamente per lo ritardamento; ed in questo caso, se la obbligazione non è eseguita nel termine, il creditore potrà domandare la pena a titolo de' danni ed interessi a motivo del ritardo, senza pregiudizio della esecuzione dell' obbligo, se esso sia ancora eseguibile. *Delvincourt. Corso di Cod. civ. nota* 18. *al titolo* 7. *Tomo* 8.

Nelle transazioni è illegale il patto, con cui si conviene, che arretrato per un semestre il pagamento dal cessionario, possa il cedente di propria autorità, e senza il ministero del magistrato mettersi in possesso di quei beni sui dritti dei quali la transazione è caduta. Decisione della suprema corte di giustizia de' 12 aprile 1825.

» *Fatto*. Con pubblico istrumento di transazione stipulato per mano del notajo Pietro Salvi di Roma nel giorno 19 giugno del 1780 la signora Marianna Suarez di Viterbo erede testamentaria del fu di lei marito Berardo Jacolini, essendo per sorger lite tra essa, ed il sacerdote D. Domenicantonio Santelli erede testamentario della trappassata Cristina Delfini per le pretenzioni della Suarez su di varj e molti beni posti nella Villa Ria di Amatrice appartenenti una volta al defunto Flavio Delfini, per isfuggir ella i disaggi di una lite, cedette e rinunciò in beneficio del detto sacerdote Santelli ogni suo dritto e ragione su degl' indicati beni, compreso benanche in tal cessione e rinunzia il *jus praesentandi*, in una Cappella nel divisato luogo esistente. Ciocchè serbò a se la Suarez in compenso della fatta cessione fu espresso nel seguente fatto » Che detto sacerdote Santelli, durante la vita naturale di essa signora Marianna esponente le abbia a pagare dalle rendite di essi beni annui ducati dieci moneta di regno in ogni sei mesi posticipatamente principiando dal dì della presente stipulazione, e seguitando finchè vivrà la esponente liberamente qui in Roma moneta di regno, liberamente, o in valuta della medesima senza veruna diminuzione o ritardo;

altrimenti sia in libertà della signora Marianna sequestrare i frutti di detti beni, ed entrare in possesso de' medesimi di propria autorità, senza ricorrere in verruno attentato.

» Questa libertà fu alla Suarez specificamente accordata anche dal sacerdote Santelli; in quantocchè altrimenti non si sarebbe nè ceduto, nè rinunziato.

» Con altro istrumento poi anche stipulato in Roma nel giorno 2 di dicembre del 1816 la stessa Marianna Suarez, perchè gli eredi del sacerdote Santelli le avevano quasi per due anni arretrato il pagamento degli annui ducati dieci cedette le sue ragioni contro alla famiglia Santelli a D. Giusappe Callidi di Amatrice, il quale si obbligò di somministrarle non già scudi otto in ciascun anno ma sedici.

» Or Giuseppe Callidi colla qualità di cessionario della Signora Marianna Suarez dopo di aver fatto dinunziare agli eredi del sacerdote Santelli li rapportati due istrumenti, li trasse in giudizio nel giorno 5. febbrajo dell'anno 1817; avendo contro ad essi dimandato il rilascio del possesso, e del dominio di tutt' i beni non solo della famiglia del defunto Flavio Delfini, li quali nell'atto della citazione fatta dal Callidi furono minutamente descritti, designando per luogo della loro posizione la Villa di S. Lorenzo, o sia la Villa Ria; ma benanche il rilascio del possesso, e del dominio di tutti li dritti appartenenti alla stessa famiglia Delfini; come altresì il pagamento di scudi dieci in muneta romana per tre semestri di prestazione vitalizia dovuti alla signora Suarez, delle ragioni della quale egli ne avea fatto l'acquisto.

» Ma in seguito li signori Gennaro, Pietro, o Loreto Santelli con un atto del di 26 maggio del 1817. fecero al signor Callidi la offerta reale di scudi dodici da lui dimandati per gli semestri arretrati della prestazione vitalizia dovuta alla signora Suarez cedente; e gli offrirono ancora tutte le spese fatte nel giudizio contro ad essi istituito, calcolate in ducati 13. 20; salvo ad essi offerenti il dritto di ritenere il vigesimo nommai ritenuto. Queste offerte per l'assenza del Callidi furono intimate al Sindaco di Amatrice.

» Quindi il tribunale di prima istanza nell'Aquila profferì sentenza, con la quale pronunziando sul merito fra tutti rigettò la dimanda di D. Giuseppe Callidi contro a' signori Gennaro, Loreto, e Pietro Cirino, essendo stato il medesimo Callidi condannato ancora alle spese del giudizio.

» Di tal sentenza ne appellò Callidi nel giorno 14. novembre del 1817. Non per tanto la gran corte civile nell'Aquila nel giorno 9. giugno dell'anno 1819. pronunziò su la proposta appellazione la seguente decisione »» Rigetta l'appello prodotto dal sig. Giuseppe Callidi contro alla sentenza del tribunale disciolto di prima istanza di Aquila del dì 18 aprile 1817., ed ordina, che la sentenza medesima sia eseguita. Ben vero i signori Santelli pagheranno al detto signor Callidi gli arretrati maturati fino al giorno di oggi, fatte le dovute ritenzioni, come per legge. Condanna l'appellante alla multa e alle spese anche del giudizio di appello liquidate come in materia sommaria in ducati 33 e grana 51.

» Callidi avverso di questa decisione ne produsse il ricorso per annullamento: li motivi sono i seguenti.

» 1. Col primo mezzo diconsi violate le *L.* 16. 20. 33. *e* 39. *cod. de transactionibus*, non che gli art. 2052. del cod. abolito, e 1924. delle leggi civili. Imperocchè essendosi istituito e contestato il giudizio per la esecuzione dovuta ad una solenne transazione, che valquanto dire un giudicato, decider si volle, come se il giudizio fosse stato rescissorio, e fosse caduto in esame, se faceva luogo alla purgazione della mora.

» 2. Col secondo mezzo diconsi violati gli art. 1134. e 1135. del cod. abolito, non che gli art. 1088. e 1089. delle leg. civ. nel non essersi attese le due convenzioni, l'una perfezionata nell'anno 1780 e l'altra nell'anno 1816; mentrecchè la prima seguì tra la signora Marianna Suarez, e il sacerdote D. Domenicantonio Santelli, e l'altra tra la stessa Suarez, e D. Giuseppe Callidi. Per il che non si ebbe riguardo alcuno alle tante leggi del dritto antico, con le quali inculcossi la più esatta osservanza delle convenzioni legittime, e de' patti permessi.

» 3. Nel terzo mezzo si diffuse il ricorrente nel citare molte leggi, le quali si credettero opportune sul proposito.

» 4. Col quarto mezzo si rammemora il principio di ogni ben posta legislazione adottato così dall' antico, come dal nuovo codice civile, e con precisione nell'art. c. 1144. del primo; e 1098. del secondo; principio per lo quale sta fermo, che nel caso d' inadempimento per parte del debitore, possa essere autorizzato il creditore a far ch' egli stesso dia esecuzione alla contratta obbligazione a spese del debitore. Adunque per avviso del ricorrente, posto l' arretrato di due anni, dovea farsi eseguire il patto stabilito tra D. Marianna Suarez, e D. Domenicantonio Santelli; che arretrato da costui un semestre della prestazione vitalizia de' 20. ducati annui, avesse potuto la cedente Suarez entrar nel possesso di tutt' i beni posti nella Villa Rio di propria autorità; giacchè senza di questo patto ella non avrebbe nè ceduto, nè transatto.

» 5. Col quinto mezzo si dice, che anche quando la gran corte civile avesse potuto distruggere un contratto cotanto solenne non attesa la sua indole, ed avendone sfigurata la natura; cosicchè a quel contratto avesse potuto apporsi un patto rescissorio con la rinunzia alla purgazione della mora; pure dovea uniformarsi alle teorie accolte su di questo argomento dalla disciolta corte di cassazione, con ispezialità nella sua sinodale deliberazione del giorno 14. di ottobre dell' anno 1811. per Pannone; con essersi all' adottato sistema attenuta anche la suprema corte di giustizia. E in vero non tutt' i contratti richieggono l' espresso patto rescissorio; perciocchè in taluni può questo patto essere sottinteso; come avviene allor quando l' inadempimento della convenzione lo ha per necessariamente congiunto. E si prosiegue a dire, che ciò mirabilmente si combini nel caso in quistione.

» Non si nega, che quando manca la rinuncia alla purgazione della mora, può a questa darsi luogo qualora però il debitore adempia legalmente in tempo opportuno, e pria di presentarsi al giudice in istato di ritardo. E per ultimo si fa avvertire dover l' offerta reale essere intera; e perchè sia valida, ed efficace dee farsi con l' effettivo deposito a norma delle regole prescritte negli articoli 1210. e seguenti delle leggi civili; e degli articoli 812. e seguenti del codice di rito. Oltrecchè si aggiugne essersi la offerta reale fatta in un modo illegale e fuori tempo; e di ciò la sentenza de' primi giudici ne offre una pruova evidente.

» 6. E per ultimo col sesto mezzo diconsi violati gli articoli 1139. del cod. abolito, e 1093. delle leggi civili, co' quali si dispone che il debitore è costituito in mora così con la intimazione, che con altro atto equivalente, come in virtù della convenzione, allorchè si stabilisce, che il debitore avrà contratta la mora, sol che faccia scadere il termine, senza che sia necessaria la spedizione di atto alcuno. Quindi si chiude il ricorso con dirsi che li rei convenuti chiamati più volte in giudizio furono sordi alle voci del magistrato. Nè per costituirli in mora era necessaria veruna giudiziaria, o stragiudiziale interpellazione, stante il patto apposto nella prima convenzione, che l' arretrato pagamento di un semestre era sufficiente a ciò che la cedente Suarez di propria autorità entrasse nel possesso de' beni su de' quali poteva far valere le sue pretenzioni.

» Udito il rapporto; presenti pel ricorrente l' avvocato D. Giuseppe Pepe, e pei convenuti l' avvocato D. Casimiro Altieri, ed inteso il pubblico ministero che ha conchiuso all' annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso:

» Ha molto ammirata la saviezza, e la prudenza della signora Marianna Suarez, la quale essendo nata in Viterbo, ed avendo poi il suo domicilio in Roma, ove divenne vedova, per non imprendere una lite piegossi a cedere al sacerdote Santelli que' dritti, li quali credeva di poter far valere su beni lasciati da Flavio Delfini. D. Domenicantonio Santelli fu esatto al pagamento degli annui ducati 20. fino a che visse, ma li di lui eredi non ne imitarono l' esempio. Quindi la signora Suarez avrebbe dovuto muover

lite a' contumaci eredi del Santelli, ma fu sottratta a tal disagio da D. Giuseppe Callidi avido di acquistarne il dritto, come seguì. Adunque nel giudizio dal Callidi istituito contro a' Cerini, ed a' Santelli di quegli sostenne la figura di un redentor di lite, classe di uomini per modo mal veduta dalla legge che ai redentori delle liti non si accordano tutti quei beneficj, li quali si accordano a quel litigante, il quale agisca per far valere i dritti originariamente suoi.

» Pur tuttavia nell' anno 1780. qual mai fu l' oggetto della transazione tra la signora Suarez, ed il sacerdote Santelli? Non furono i fondi, li quali appartennero a Flavio Delfini, ma li dritti, ch' era di avviso la stessa Sautelli di appartenerle su di quei beni com' erede del suo defunto marito Jacolini. Ed è ben diverso il transiggere sul prezzo di fondi, e transiggere sul prezzo imputabile a' dritti da poter far valere su determinati fondi. Il prezzo de' fondi è di una certezza assoluta; laddove il prezzo imputabile a dritti è di una certezza ipotetica, ed eventuale, dipendendo dall' esito sempre dubbio de' giudizj il buon successo della intrapresa.

» Oltrecchè prezzo della fatta transazione tra Suarez e Santelli fu una prestazione vitalizia di annui duc. dieci a favore della medesima Suarez ormai vedova, val quanto dire non di fresca età; e niuno ignora che l' interesse vitalizio cresce nel volume a proporzione, che il corso vitale del vitaliziante si ha per diminuito. Non fu dunque il prezzo di quella transazione regolato in proporzione del valore dei fondi da poter essere controversi, ma bensì fu regolato in ragion composta proporzionale del doppio evento così dell' esito della lite, come del periodo della vita della cedente Suarez.

» Un contratto di tal tempra non è illegale, ma esorbitante illegale è fuor di dubbio quel patto, col quale si convenne, che arretrato un semestre dal cessionario, avesse potuto la cedente di propria autorità mettersi in possesso senza ministero di verun giudice di que' beni, li quali da lei non si erano posseduti mai, e ciò per effetto di un istrumento stipulato in un regno straniero. Ben dunque li primi, e li secondi giudici dettero il carattere al giudizio istituito da Callidi di un giudizio sommario e rescissorio; mentrecchè per la inesattezza degli eredi del primo cessionario Santelli al dovuto pagamento, ben poteva dimandar Callidi che rescisso il contratto dell' anno 1780 si fosse dichiarato di appartenere a lui per la nuova cessione fattagli nel 1816. l' esercizio de' dritti prima ceduti al Sacerdote Santelli. Ma poichè all' istrumento del 1780. niun patto si appose continente rinunzia al beneficio della purgazione della mora, ben giudicossi anche sul rigido sistema della legislazione, che sopravvenne, che i convenuti, stante l' offerta reale opportunamente fatta de' dodici scudi dall' attore Callidi dimandati non fossero stati ulteriormente molestati.

» Dall' altro canto questa corte suprema, ha considerato che D. Giuseppe Callidi fu tratto nell' errore di aver confuso l' esercizio di un dritto litigioso col possesso de' fondi per essersi attenuto alla lettera di un formolario notariale vuoto di buon senso, del quale si valse il notajo stipulatore dell' istrumento del 1790. Il che è bastevole ad essere di scusa ad un nomo laico per non essere riguardato per un temerario litigante.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la sola parte della impugnata decisione relativa alle spese del giudizio, e rigetta il ricorso per tutto il dippiù. Per la parte annullata, rimettendo le cose nello stato precedente ad essa decisione, invia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 5. La transazione non si estende oltre a ciò che ne forma l' oggetto: la rinunzia fatta a tutti i dritti, azioni e pretenzioni non s' intende se non di ciò che è relativo alle controversie, le quali hanno dato luogo alla transazione. *Art.* 1920. *Leg. civ.*

Gl' imperatori Diocleziano, e Massimiano rescrissero, che le generali espressioni della transazione si restringono sempre alla cosa, ed all' oggetto del litigio.

» Si de certa re (*idest de specie certa, puta fundo. Incertum tamen erat propter litem, an possim petere*) pacto transactionis

interposito hoc comprehensum erat, nihil amplius peti: et si non additum fuerat, in nomine (*idest nomine rei, de qua fiebat transactio*): de caeteris tamen quaestionibus integra permanet actio *L.* 31. *Cod. de transactionibus.*

Casus. Tenebaris mihi fundum, egi et transgredi his verbis expressis, ut amplius non petam: hoc non adjecto, nomina fundi: subintelligitur enim, etsi non apponatur nomen fundi: an per ista generalia verba mihi praejudicem quantum ad species, ad quas mihi alias tenebaris quaeritur; et respondetur quod non. *Vivianus.*

Alciati in esporre li diversi casi, che risultano dalla disposizione di questa legge conchiode, che una transazione generale dee restringersi sempre alla sua causa.

a Petieram a te fundum Sempronianum, deinde acceptus centum transegi, promisique nihil amplius petere: quaeritur, an mihi debuo alium fundum petenti obstet exceptio? Et verba generaliter accepta, videntur judicare, me omnino excludendum esse: standum est autem verbis, nec temere per interpretationem restringenda sunt. *L.* 1. §. *et generaliter. de leg. praest.* Sed tamen hic contrarium respondetur: debent enim haec verba ad causam suam restringi *L. legatorum* §. *cum de leg.* 2. quod non in transactione tantum, sed et in pactis *L. fi:* §. *idem quaes. de cond. ind.* in compromissis *L. si cum dies* §. *plenum. de arb.* in judiciis *L.* 1. *Cod. si advers. rem jud. L.* 2. *id. de jud.* in calculationibus *L. emptor. D. de pactis* in solutionibus *L. si ex pluribus. de solut.* in renuntiationibus *L. ut fundus. comm. divid. L. Titia* §. *idem de verb. oblig.* dicendum est. Deprehenditur autem, cognosciturque haec causa quandoque ex natura actus, ut in transactione vel sententia: habent enim praecedentem petitionem ad quam referuntur. Quandoque ex verbis ipsorum contrahentium, ut quia a principio contractus praefati sunt quam ob causam paciscerentur. Quandoque et cum in fine subjecta est clausola, unde id colligi potest *L. quaesitum* §. 1. *de leg.* 3. Quandoque et alio modo, ut si aliqua specialiter expressa sunt, quae alias corrigerentur, vel minuerentur, si generaliter verba ipsa acciperemus. *L. quoties cod fam ercisc. L. legato* §. *qn plures.* quod Baldus recte censuit; merito igitur in proposita specie hic responsum est, posse me alium fundum quam Sempronianum petere, cum illa clausula, nihil amplius peti, commode ad solum Sempronianum referri possit, quod et natura dictionis. Amplius suadet quae repetitiva est. *L. si servus* §. *si ita de leg.* 1. ostenditque de eo actum, quod semel in judicio deductum fuit: quod et non absimili in specie Fulgosius respondit *Cons.* 38. *ad id.*

a Sed quid si eundem fundum Sempronianum petam ex alia causa? Et non obstare transactionem plerique senserunt, idque rei judicatae exemplo, cujus exceptio ex alia causa agenti non obstat *L. cum quaeritur de except. rei jud.* Contra Accursius cum paucis *arg. L. si unus* §. *pen. de pactis L. sub praetextu L.* 2. *Cod. de jud.* quos et ego sequor: verba enim transactionis omnino obstant, nec commode hoc casu restringi possunt: excludat igitur etiam si ex alia causa petam, dum talis sit, de qua verisimiliter saltem in genere potuerit cogitari. Quid enim si causa nova sit *L. qui cum tutoribus D. eod.* quid si penitus contraria expresse? ut quia trasegerim in querela inofficiosi, deinde falsum testamentum compererim *L. si ita quis* §. *fi. de verb. obl.*. testamentum esse falsum, inofficiosi testamenti querelam fuisse propositurum *arg. L. cum qui cod. de inof. test.* Hujusmodi igitur casibus a me supra enumeratis *L. sub praetextu.* communem sententiam sequor. Illud enim omnium consensu receptum est, si adeo generalia sint verba, ut citra manifestam caluniam restringi non possint, verbis ipsis standum esse *L. pluribus: de acceptil.* Quid enim si in casu nostro promisissem amplius, nec fundum Sempronianum, nec alium petere? Quid si quis se non petiturum occasione cujuscunque crediti spopondisset? Quid si adultus, eccussa tutoris in uno capitulo ratione, eum se liberare diceret generaliter ab omnibus quomodocunque in hanc diem per eum gestis? Intelligentur enim haec generaliter, exceptis casibus a nobis relatis *d. L. sub. praetextu.* Quapropter temperare quisque a tam effuso sermone debet, ne in promptum incidat periculum. *L. fin. Cod. de*

dot. promis. Unde et traditum est neminem logendum, ut tam amplis verbis quemquam iberet. *L.* 3. *§. contrarium. de contr. jud. tut.* captiosae enim sunt hujusmodi confessiones *L. cum Aquiliana D. cod.* satisque est si creditores in apochis eis solum generales clausolas adiiciant, quae simpliciter specialium vim continent, hisque beneficiis solum renuntient, unde actus infringi alias posset, quod eleganter Baldus docuit.

» Sed nunquid generalis haec transactio, quae causam ipsius contractus egreditur, in vim transactionis adhuc sustinebitur, an seu pactum valebit? Et Bartolus adhuc uti transactionem sustineri censuit quia absurdum non est, te mihi centum dedisse non solum, ut actionen ad fundum Sempronianum remittam, sed etiam ut aliis actionibus, de quibus liquido constet, te absolvem, cum in transactione possit aliud dari, vel remitti quam id de quo litigatur *L. si super. cod.* censeturque tale pactum transactionis pars esse *L. fundi partem. de contrah. empt.* Quod si notarius in principio documenti praefatus sit, partes ipsas ad hujusmodi pacta, conventiones, transactionem devenisse, tunc nihil necessarium est interpetrari actionis liquidae remissionem ad transactionem spectare sed ad pactum potius: quod et Alexander respondit cons. 11. col. pen. in 2. Trahitur enim pactum, et ad ea de quibus nulla est controversia. *Alciati Comment. in Cod. tit. de transactionibus ad L.* 31. *n.* 1. *a* 13.

Dalla corte di cassazione di Parigi con decisione de' 17 novembre 1812 fu professata la massima di non potersi estendere una transazione ad un caso non preveduto.

» *Fatto*. Nel 20 gennaro 1781. Carlo Amabile Caultier ha fatto il suo testamento olografo, col quale ha dichiarato, che per evitare la totale rovina di suo figlio Giacomo Amabile Caultier, lasciandogli i suoi beni liberi, li sottopone tutti, tanto mobili, che immobili ad una sostituzione in vantaggio de' figli di suo figlio nati in legittimo matrimonio, se alcuno ve ne fosse; ed in mancanza de' suoi più prossimi eredi collaterali nelle due linee, lasciandogli per legittima il godimento de' suddetti beni.

» Dopo la morte del testatore, il di lui figlio Giacomo Amabile Caultier, malgrado la sostituzione, vendè e tagliò de' boschi considerevoli: fu nominato un curatore alla sostituzione, il quale ricorse tanto per farne ordinare la esecuzione, quanto contro ai compratori dei boschi.

» Su queste dimande vi fu assemblea di famiglia innanzi al luogotenente generale dell'abolita Siniscalchia della Fleche nei giorni 12 e 13 maggio 1786, dalla quale fu pronunziata sentenza, che rilasciò atto al suddetto Caultier, qualmente egli acconsentiva alla esecuzione piena, ed intera del testamento di suo padre, principalmente della sostituzione della quale era gravato, rinunziando alla facoltà di alienare alcuna parte de' summentovati beni, d' ipotecarli, o deteriorarli, contentandosi per la sua legittima dell' usufrutto de' medesimi, che si obbligò di conservare, facendoci le opportune riparazioni relative.

» Per parte del consiglio di famiglia fu accordato, che in virtù di questo consenso il signor Caultier non sarebbe molestato per ragion dei tagli dei boschi, che conveniva di aver malamente fatti, e che tutte le procedure relative a quest' oggetto resterebbero estinte; 2.° Che non dasse conto delle somme, che aveva introitate, dipendenti dalla successione di suo padre, e che facevano massa nella sostituzione, 3.° Che il prezzo de' mobili e de' boschi venduti non sarebbe sottoposto al contribimto secondo la collocazione, ma impiegato al pagamento de' debiti di Caultier, ed in caso d' insufficienza, che si sarebbero venduti altri boschi per compirne il pagamento.

» Intervenne il decreto de' 14 novembre 1792, il di cui articolo 2. abolì tutte le sostituzioni fatte prima della sua pubblicazione, che non fossero aperte in quest' epoca.

» Il signor Caultier intentò un' azione contro i signori Chaudronx curatore della sostituzione, e Matteo Chereau tutore *ad hoc* dei figli nati, e nascituri dal detto signor Caultier. L' azione tendeva a far dichiarare la sostituzione nulla e come non avvenuta in conformità del suddetto decreto, ed ordinare, che il gravato avrebbe la libera disposizione dei beni sostituiti.

» Nel 12 ventoso anno 2 il tribunale del distretto della Fleche con sua sentenza dichiarò il signor Caultier non ammissibile nella sua dimanda, che rigettò.

» In grado di appello sentenza confermativa del tribunale civile del dipartimento di Maine, e Loire, residente in Angers in data del di 8 termidoro anno 7. Questa sentenza fu motivata sulla ragione, che il consenso prestato da Caultier nell'assemblea de' parenti tenuta alla Fleche ne' giorni 12, e 13 maggio 1786 era una transazione su di una lite, di cui la esecuzione della sostituzione era una delle condizioni. Questa sentenza aveva malamente interpetrate le disposizioni della *L.* 9. §. 1., *e della L.* 5. *D. de transact.* e per conseguenza avea violato il decreto de' 14 novembre 1792. La decisione, che ha pronunziata la cassazione è così conceputa.

» *Decisione* - Veduta la legge 9 §. 1, e la *L.* 5. *D. de transact.*

» Considerando, che la transazione sulla quale è basata la sentenza del tribunale civile del dipartimento di Maine, e Loire porta l'epoca del 12, e 13 maggio 1786, che quindi è impossibile di dire, che le parti hanno preveduto, o potuto prevedere l'abolizione delle sostituzioni stabilita col decreto del 14 novembre 1792.

» D'onde segue, che il tribunale civile del dipartimento di Maine, e Loire fondandosi sulla detta transazione per conservar la sostituzione della quale trattasi, ha malamente interpetrato le disposizioni delle sopracitate leggi fondate nella natura delle cose, e per conseguenza ha violato il decreto del 14 novembre 1792.

» Per tale motivo la corte da'atto di contumacia, e nel merito cassa, ed annulla la sentenza del tribunale civile del dipartimento di Maine, e Loire sedente in Angers in data degli 8 termidoro anno 7 ec.

» §. 6. Le transazioni non regolano se » non le controversie, che vi sono state com» prese, sia che le parti abbiano manifesta» ta la loro intenzione con espressioni spe» ciali o generali, sia che risulti tale inten» zione per una necessaria conseguenza di » ciò che è stato espresso. *Art.* 1921. *Leg. civ.* Così Ulpiano.

» Transactio quaecunque sit, de his tantum de quibus inter convenientes, (*sive fiat specialibus, sive generalibus verbis*) placuit, interposita creditur. *L.* 9. §. 1. *D. de transactionibus.*

Una transazione generale può rescindersi sotto il pretesto di essersi posteriormente conosciute alcune circostanze per lo innanzi ignorate? Il rescritto degl'imperatori Diocleziano, e Massimiano risolve il caso negativamente.

» Sub praetextu specierum postea repertarum, generali transactione finita, rescindi prohibent jura. Error autem circa proprietatem rei, apud alium extra personas transigentium, tempore transactionis constitutae nihil potest (*loquitur transigenti qui tempore transactionis putavit eam rem esse apud eum cum quo transigebat, cum esset apud alium, vel e contra*) nocere *L.* 29. *Cod. de transactionib.*

Casus. Conveni te procuratorem meum pone actione mandati petitione generali proposita, hoc est, ut rationem reddas administrationis quam gessisti; interveniente postea inter te, et me generali transactione, hoc est, quod amplius de administratione tua, te non conveniam: reperitur postea aliqua species, administrationem tuam corrigens, de qua nihil fuit actum, neque cogitatum in transactione. Quaeritur an praetextu rei postea repertae possim rescindere transactionem? respondeo quod non; nisi forte res illa, seu species, apud alium tempore transactionis fuerit constituta, quam meam esse ignoravi. *Vivianus.*

Fabro più precisamente.

» Quoties in transactionis praefatione specialis petitio proponitur, decisio autem sequitur generalis non de aliis transactum videri debet, quam quae specialiter deducta fuerant in petitionem, ne transactio alioqui facile trahatur ad incognita. Sed si petitio generalis fuerit, ut appareat id egisse contrahentes, ne quid indecisum relinqueretur, secuta generalis decisio generalem recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter eos supersit, qui non a lite tantum, sed ab omni etiam litis metu discedere voluerunt. *Fabri Cod. lib.* 2. *tit.* 4. *de transactionibus Definitio* 6.

» §. 7. Colui che ha transatto sopra un » dritto suo proprio, se acquisti in appresso » un simile dritto da altra persona, non re» sta legato dalla transazione precedente, in » quanto al dritto nuovamente acquistato. » *Art.* 1922. *Leg. civ.*

Valga l'esempio di Domat. » Se colui che si fosse transatto su di un dritto che avea di sua porzione sulla eredità paterna, acquisti poi un simile dritto da un'altra persona, la transazione non farà pregiudizio alcuno a questo secondo dritto. Così per esempio, se un maggiore si è transatto col suo tutore della sua porzione de' beni di suo padre, succeda poi un suo fratello, cui lo stesso tutore dovesse render conto della di lui porzione, la transazione non impedirà che le medesime differenze terminate per una porzione, non sussistano per l'altra; e rimarrà saldo questo secondo dritto. *Qui cum tutoribus suis de sola portione administratae tutelae egerat, et transegerat adversus eosdem tutores ex persona fratris sui, qui heredes extiterat, agens praescriptione factae transactionis non summovetur. L. 9. D. de transactionibus. Domat. leggi civili tomo 4. lib. 1. tit. 13. sez. 1. n. 6.*

Con decisione de' 7 luglio 1812. la corte di cassazione di Parigi riguardò atto di transazione quello che il proprietario riconosce come contenente un conto di riparazioni, e di spese fatto di consenso pe scontar queste sopra le mercedi.

» *Fatto*. Nel 13. fiorile anno 11. Ritzenthaller avea locato al signor Martin molti appartamenti in cattivo stato, e lo avea autorizzato a fare tutti gli abbellimenti, e riparazioni, che giudicasse convenienti fino alla concorrenza di 7200 lire.

» Il signor Martin, che abitava questi appartamenti, fece prontamente tali riparazioni: egli morì due anni dopo.

» Il generale Thureau, genero del signor Martin, trattò con questo il regolamento delle anticipazioni fatte dal suo socero; ne comunicò lo stato, ed i documenti giustificativi: queste anticipazioni montavano al di sopra di 7200. lire. Ritzenthaller non volle accordare, che questa somma; e per mantenere la buona intelligenza tra loro, fu convenuto, che le spese rimanevano definitivamente tassate a 7200 lire. Questa convenzione fu fatta nel 26 pratile an. 13.

» Due anni, e mezzo dopo Ritzenthaller dimandò, che gli si presentassero le ricevute, o che le riparazioni fossero apprezzate per via di periti. Il general Thureau rispose, che la convenzione, ed il lungo silenzio, che l'avea seguito, lo aveano dispensato di conservare questi documenti; che una convenzione tra persone di età maggiore su di una lite futura costituiva una vera transazione. Intanto la corte di Colmar condannò il general Thureau a presentare lo stato delle spese, le memorie, e le ricevute degli operaj; ed in mancanza ordinò, che sulla sua dichiarazione, si procedesse per mezzo di periti alla stima delle riparazioni.

» Contravvenzione agli articoli 2044 e 2050 del codice civile, che si è corretta colla seguente decisione.

» Decisione - La corte - Considerando, che la convenzione del 26. pratile anno 23. è stata fatta sotto l'impero del codice civile; che l'articolo 472. di questo codice non parla, che de' conti di tutela, e che quindi nè questo articolo del codice, nè l'ordinanza del 1667. sono applicabili alla specie attuale, in cui non è quistione, che di trattare tra persone di età maggiore sulla esecuzione di un mandato dato da Ritzenthaller accettato, ed eseguito da Martin;

» Veduti gli art. 2044, e 2052. del codice civile.

» Considerando, che la convenzione del 26. pratile anno 13. ebbe per oggetto di prevenire ogni lite sul modo, col quale Martin avea eseguito il suo mandato; e sulle anticipazioni che avea a ripetere; che questa convenzione enuncia, che le spese eccedevano la somma di 7200 lire, e che per mantenere la buona intelligenza tra le parti, fu convenuto, che le spese rimanevano definitivamente tassate per questa somma, che Thureau non fu incaricato di conservare, e di presentare lo stato delle spese, e le memorie degli operaj, che furono allora communicate; che la convenzione, essendo assoluta, e definitiva, era una vera transazione, e transazione tanto più importante, in quanto che vedesi nella decisione impugnata, che

Ritzenthallet ha preteso di non dovere tener conto degli abbellimenti, e che nel suo scritto del 29. agosto 1810, egli avea detto, che certe opere, lungi di essere utili, aveano prodotte delle degradazioni attuali; che col l'avere soppresso questa transazione per gittare le parti in verifiche quasi impossibili, si è apertamente contravvenuto a'due articoli citati.

» Per siffatte considerazioni, la corte cassa la decisione della corte Imperiale di Colmar, del 28. dicembre 1810. . . . .

» §. 8. La transazione fatta da uno degl'
» interessati non obbliga gli altri, e non può
» essere opposta da essi. *Art.* 1923. *Leg. civ.*

Concorda con un rescritto dell'imperatore Antonino.

» Neque pactio, neque transactio cum quibusdam ex curatoribus, sive tutoribus facta, auxilio caeteris est in iis quae separatim, communiterve gesserunt, vel gerere debuerunt.

» Cum igitur tres curatores habueris, et cum duobus ex his transegeris, tertium convenire non prohiberis. *L.* 1. *Cod. de transactionibus.*

Casus. Tres curatores habuisti cum fuisti adultus: qui tibi mala administratione tenebantur, contra duos litem instituisti, et cum eis transegisti, vel eis pacto remisisti, nunquid transactio facta cum duobus tibi praejudicet adversus tertium, quo minus cum eo agere possis quaeritur; et responde quod non, sive conjuncta, sive separata fuit administratio. *Vivianus.*

Duareno propone alcune eccezioni alla massima consagrata in questa legge 1. Se nei tutori sia diversa la loro amministrazione 2. Se tutti i tutori abbiano amministrato, e tutti sieno tenuti al pagamento.

» Tres tutores dati erant pupillo, is finita tutela egit actione tutelae adversus suos tutores: tandem cum duobus ex suis tutoribus transegit, quaesitum est, an illa transactio tertio tutori cum quo non transegit prodesset? Imperator in hac quaestione consultus rescripsit, hanc transactionem tertio non prodesse; eumque in solidum conveniri posse. Dubitatio tamen ex eo oriebatur, quod obligatio, et actio qua tenentur tutores, sit inter eos communis. Tametsi hoc imperator rescripsit verum sit, tamen cum quibusdam exceptionibus intelligendum videtur quae sequuntur.

» Prima exceptio, si diversa sit eorum administratio, aut divisio tutelae inter eos facta sit. Nam cum hoc accidit, unus in solidum non tenetur *L.* 2. *Cod. de divid. tut.*

» *Altera* exceptio est si omnes gesserint et omnes solvendo sint. Nam hoc casu, si unus in solidum conveniatur a pupillo, is exceptione divisionis repelletur. Hoc enim casu pupillo non nocet, nec damnosum est dividere actionem suam, et agere adversus omnes tutores pro virilibus partibus *L.* 1. §. *nunc tractemus de tut. et rat. distrah.* Si vero cum omnes gesserunt, unus solvendo non est, vel pupillus cum quibusdam transegit, illa transactio aliis non proderit, nec impediet, quominus illi cum quibus transactum non est insolidum possint conveniri, ut nec divisionis exceptio. Quod diximus transactionem cum uno ex tutoribus factam, aliis neque prodesse neque nocere, intelligendum est cum exceptione nisi aliquid transactionis nomine acceperit minor. *Duareni tit. de transactionibus cap.* 3.

È uniforme benanche all' altro rescritto degli imperatori Diocleziano, e Massimiano.

» Inter alios factam transactionem, absenti non posse facere praejudicium, notissimi juris est.

» Quapropter adito praeside provinciae, aviam tuam mancipium tibi donasse proba: ac si hoc jure ad id pertinere perspexerit, restitui tibi providebit. Neque enim si te absente divisionem ejus fecerunt (*quasi esset commune cum alio, cum totum fuerat aviae, et fuit facta animo transigendi, cum adversarius totum sibi assereret*) aliquid juri tuo derogari potuit. *L.* 2. *cod. res inter alios acta.*

Casus. Avia mea dedit mihi mancipium de quo passa controversia cum Titio: transegit cum ea Titius, an ea praejudicare mihi potuerit quaeritur? dicitur quod non. Item est si habeam secum rem communem, et eam me absente diviseris, quia non praejudicabit mihi divisio: si tamen successi matri meae cum fratre meo; frater meus cum debitoribus hereditariis fecit pactum de non petendo

me irrequisito an obligatio pro parte mea sit extincta quaeritur? dicitur quod non *Vivianus*.

I consorti di una lite possono transigere indipendentemente dagli altri la loro parte? Voet presenta le ragioni in sostegno dell'affermativa.

» Quod si plures ejusdem litis consortes simul litem contestati fuerint, pendente ea, transactionem caeteris invitis aut ignorantibus per unum sociorum fieri posse, negat Berlichius *Decis.* 132. Sed nulla probabili ratione ductus: socium namque invitis caeteris de sua parte pro arbitrio statuere posse, sive alienando in extraneos, sive oppignorando, liberumque suae partis habere moderamen, manifestum est ex *L. dudum* 14. *Cod. de contrah. empt. L. falso* 3. *Cod. de commun. rer. alien. L. jurisgentium* 7. §. *adeo autem* 6. *in fine D. de pactis. L.* 1. *Cod. communi divid.* ut multo magis transactione interveniente, tanquam favorabili, et litibus sopiendis inserviente, id videri debeat licere. Nec recte praesidium in eo quaeritur, quod judicio quasi contrahitur, a quo quasi contractu invito altero alterum recedere jura haud paterentur *L. licet* 3. §. *idem scribit* 11. *D. de peculio. L. sicut* 3. *Cod. de obligat. et action.* licet enim inter actorem reumque judicio quasi contrahi facile concesserim; de quo et *d. L.* 3. §. 11. tamen inter plures litis ejusdem consortes, litem simul contestantes, non magis quasi contractum jura fingunt, quam inter confidejussores plures, simul pro eodem debitore apud eundem intercedentes creditorem. Ineptissime vero pro sententia adversa captantur verba *L. alienationes enim* 13. *D. familiae erciscundae*, dictantia, *interdictas esse post judicium acceptum alienationes*; cum non aliud hisce voluerit Papinianus, quam quod, pendente familiae erciscundae vel communi dividundo judicio inter coheredes, consortesve, nullus horum invitis caeteris in extraneum suam possit partem transferre, convenienter *legi primae Cod. communi divid.* Quale divisorum judicium cum non sit, ubi plures simul ex uno latere adversus alios in lite subsistunt, regulae standum, qua quisque suae partis alienandae gaudet potestate. *Voet. ad pandectas. lib.* 2. *tit.* 15. *de transactionibus n.* 6.

D'altronde Domat somministra il seguente caso.

» Se colui che avesse o potesse avere una controversia con molti altri, transige con uno di essi per quello che gli riguarda, questa transazione non impedisce che non sussista il suo dritto riguardo agli altri, e che non possa intentare il giudizio, o transigere in altra maniera. Quindi colui al quale due tutori rendono conto di una medesima amministrazione, può transigere con uno, e litigare contro l'altro. Così i creditori di un defunto, o il legatario possono transigere sul di loro dritto con uno de'due eredi per la di lui porzione, e mover lite all'altro per la sua. *Domat. Leggi civili Tomo* 4. *Lib.* 1. *tit.* 13. *n.* 4.

§. 9. » Le transazioni hanno fra le parti » l'autorità di una sentenza inappellabile.

» Non possono impugnarsi per causa di » errore, nè per causa di lesione *Art.* 1924. *leg. civ.*

È un precetto degl' imperatori Diocleziano e Massimiano.

» Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit. Siquidem nihil ita fidei congruit humanae quam ea quae placuerant, custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum (*scilicet transactionis*) sufficit quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas; cum nullum tempus (*de die vel de nocte*) sanae menti majoris vigintiquinque annis consensum repudiet. *leg.* 20. *cod. de transactionibus.*

Casus Parem auctoritatem habent res judicata, et transactio, quia utraque finit lites, quia nihil et caet. neque refert an nocte, vel die fiat, cum nullo tempore excludatur consensus. *Vivinianus.*

Il magistrato non può attenersi alla semplice idea di transazione incapace di rescindersi per errore di dritto, e di lesione senza il corrispondente esame, potendo la controversia risultare diversamente. Decisione de' 16 marzo 1826.

» *Fatto.* D. Francesco de Martino nel 1823 spinse citazione contro D. Giuseppe e D. Angelo de Leo chiedendo il pagamento delle seguenti somme; cioè ducati 300 per sorte,

e ducati 294 per interessi scaduti a tutto agosto 1823 oltre i decorrendi.

» Chiese di più il pagamento di ducati 81 40 per estagli a tutto agosto 1823 oltre i progressivi, ed inoltre domandò contro essi sig. de Leo il rilascio dell'orto sito in S. Giacomo.

» Appoggiò il signore de Martino la sua domanda a' seguenti titoli, che produsse:

1.° Un istrumento de' 18 novembre 1793 stipulato tra Antonio de Martino padre dell' attore, e Saverio de Leo padre de' convenuti. Con esso de Leo si obbligava verso de Martino per ducati 300 come cauzionante di Felice Juliano.

» 2.° Una polizza bancale di fitto stabilito col fu Pasquale de Leo.

» 3. Finalmente un foglio sinallagmatico de' 31 ottobre 1812 tra esso de Martino, ed i signori D. Pasquale, D. Angelo, e D. Giuseppe de Leo firmato in seguito di giudizio istituito contro di costoro dal signor de Martino.

» Con tal foglio i sig. de Leo si obbligarono al pagamento di ducati 300 per effetto del suddetto istrumento del 1793 con l' assegnamento di una porzione di territorio nel luogo detto *Campo*; col patto, che tale obbligo cessava, ove Angelo Juliano del fu Felice fosse obbligato per la suddetta somma verso de Martino; si obbligarono pure i signori de Leo al pagamento di ducati 86 per interessi decorsi, e di più al pagamento di altri ducati 122 in compenso del valore di orto che de Martino avrebbe loro retrovenduto.

» I sig. de Leo spiegarono le loro difese. Dedussero, che il foglio sinallagmatico doveva dichiararsi nullo, fraudolento, e doloso pe' motivi, che avrebbero addotti; che quel foglio era stato firmato per errore dopo ch' era stato già estinto il debito.

» Il signor de Martino con sua risposta contrastò le difese de' signori de Leo.

» Il tribunale in contumacia de' convenuti osservò, che la domanda del sig. de Martino per lo pagamento de' ducati 300 appoggiava all' istrumento del 1793 ed al foglio sinallagmatico del 31 ottobre 1812 col quale i convenuti eredi del padre fu Saverio de Leo avevano riconosciuto il debito, e di più erausi obbligati al pagamento di ducati 96 per interessi decorsi a tutto agosto 1812, ed inoltre al pagamento di altri ducati 22 per estaglio di un fondo locato dal sig. de Martino a Pasquale de Leo, il quale erasi obbligato di più verso de Martino al pagamento di ducati 90 per prezzo di un orto; che l' attore de Martino regolarmente procedeva per effetto di tali titoli contro Angelo, e Giuseppe de Leo eredi del padre de Leo, e del di loro fratello Pasquale; ch' era mal poggiata la eccezione di D. Giuseppe de Leo, il quale negava di riconoscere la firma di Pasquale de Leo di lui fratello apposta al foglio sinallagmatico, sol perchè la firma di Pasquale precedeva la sua.

» Perciò condannò i sig. de Leo a pagare al signor de Martino ducati 396 per sorte ed interessi, e di più gl' interessi sul capitale di ducati 300 in ragione del 6 per 100 dal primo settembre 1812 fino alla intera soddisfazione. Condannò del pari D. Giuseppe de Leo a pagare al signor de Martino ducati 22 e più ducati 90 per le cause espresse nel foglio sinallagmatico, che dichiarò riconosciuto.

» Appellarono i signori de Leo da tal sentenza. Dedussero, che la scrittura sinallagmatica era stata per errore firmata da esso loro, ed estorta dolosamente, giacchè il credito del signor de Martino era stato soddisfatto colla vendita fatta nel 1797 da Saverio de Leo padre di essi appellanti ad Antonio de Martino padre dell' appellato; che gl' interessi non si dovevano se non dal giorno della domanda; che li ducati 112 non si dovevano da Giuseppe de Leo, per non esser egli erede del di lui fratello Pasquale; che si facevano salve le ragioni per la rescissione del fondo detto *Nicia* per causa di lesione enormissima.

» Il signore de Martino produsse ancor egli appello incidente. Si dolse, che il tribunale non avea condannato de Leo agl' interessi decorsi fino ad agosto 1812 in ducati 198; che non si erano i sig. de Leo condannati nelle altre somme chieste; che non avea condannato D. Giuseppe de Leo al rilascio dell' orto, enunciato nella scrittura sinallagmatica.

» I signori de Leo con le loro difese comunicarono a de Martino tre istrumenti del

9. maggio 1797. 5 giugno, e 27 dicembre 1805, e sostennero che il foglio sinallagmatico del 31 dicembre 1812 era nullo, fraudolento, e doloso, giacchè gli enunciati tre istrumenti offrivano la soddisfazione del credito del sig. de Martino avendo questi dichiarato di essersi estinti tutt' i crediti, che rappresentava contro Saverio de Leo padre de' convenuti; che la condanna emessa contro del solo D. Giuseppe per lo debito di Pasquale de Leo doveva esser rivocata per non esser egli l' erede di Pasquale; che in fine la sentenza appellata doveva rivocarsi.

» La gran corte civile nel decidere della controversia si propose ad esaminare.

» 1.° Se reggeva la soddisfazione opposta dai sig. de Leo e 'l dippiù dedotto nel di loro appello.

» 2.° Se doveva corregersi l' errore corso nella sentenza appellata.

» 3.° Se reggeva l' appello incidente di de Martino.

» Sulla prima quistione adottò le considerazioni de' primi giudici, ed aggiunse che con la scrittura sinallagmatica de' 31 ottobre 1812 i sig. de Leo e de Martino posero termine ad una lite pendente fra di loro nel giudicato regio di S. Giorgio la Montagna: Che con con tale scrittura dopo di essersi annullati gl' istrumenti a' quali ricorrevano i sig. de Leo per sostenere la soddisfazione del debito, si obbligarono di pagare al signor de Martino ducati 300 di sorte con tanto territorio da assegnarsi per tutto il mese di dicembre 1812 ed in mancanza di ciò si obbligarono pagare li ducati 300 in contanti: Che la eccezione della soddisfazione incontrava la resistenza di tale convenzione, la quale conteneva una mera transazione da non potersi rescindere nè per errore di dritto, nè per causa di lesione a' termini degli articoli 1916 e 1624 leggi civili.

» Sulla seconda quistione osservò, che il signor de Martino nell' istituire il giudizio aveva chiesto la condanna contro i sig. de Leo in ducati 396, e che avendo il tribunale oltrepassata tale domanda, era quindi giusto di ridursi la condanna a quella somma.

» Sulla terza quistione considerò, che il tribunale non aveva tenuto conto della domanda della revindica dell'orto, per aver condannato i sig. de Leo al pagamento di ducati 90 per le cause espresse nella sinallagmatica, lo che comprendeva la soddisfazione del credito.

» Che col foglio sinallagmatico non gli era trasferito il dominio dell' orto, ma solo si trattava di una promessa di cessione dell' orto, e quindi mancando il dominio della cosa non poteva darsi luogo a revindica.

» Per tali motivi la gran corte a 22 aprile 1825 pronunziò nel seguente modo.

» Rigetta l' appello principale de' signori D. Giuseppe, e D. Angelo de Leo, e l'appello incidente di D. Francesco de Martino avverso la sentenza del tribunale civ. di Napoli de' 5 settembre 1823, ed ordina che la medesima si esegua. Ben vero emendando l' errore incorso nella condanna dell' interesse dal 1 settembre 1812 sino alla totale soddisfazione, dichiara, chi i medesimi siano da calcolarsi alla ragione del 6 per 100 su la sorte di ducati 300. Le spese in appello compensate.

» Contro tal decisione i sig. de Leo han prodotto ricorso per annullamento pe' seguenti motivi.

» 1.° Per violazione dell' articolo 233 leggi di procedura, non avendo la gran corte messo ad esame i titoli, su de' quali i ricorrenti poggiavano la eccezione della soddisfazione del debito.

» 2. La gran corte aveva caratterizzato per transazione il foglio sinallagmatico, il quale non conteneva, che una convenzione.

» 3.° Per violazione dell' articolo 287 leggi di procedura, e 1277 e 1278 leggi civili, giacchè avendo i ricorrenti impugnate le firme di Pasquale de Leo, il tribunale doveva ordinarne la verifica.

» 4.° Per aver la gran corte snaturati i fatti, e per essersi convinta di fatti non esistenti.

» 5.° Per violazione della *L. 1. D. de transationibus*, e degli articoli 1062, 1063 1071 e 1085 leggi civili, e per mal applicazione degli articoli 1916 e 1924 delle leggi, avendo la gran corte caratterizzato per transazione il foglio a doppio, mancando gli estremi necessarj per costituirsi una transazione.

» 6.° Per violazione dell'articolo 1925 leggi civili; giacchè ove anche quel foglio contenesse una transazione, pure essa era nulla per errore sulla persona, e sull'oggetto della controversia e per dolo.

» 7.° Per violazione degli articoli 1073 e 1074 leggi civili; poichè volendo per ipotesi stare a quel foglio a doppio, la gran corte aveva condannato i ricorrenti per la parte di Pasquale de Leo, che non era intervenuto nel foglio medesimo.

» 8.° Ed in fine per aver la gran corte presunta in persona di Giuseppe de Leo la qualità ereditaria di Pasquale de Leo, mentre ch'egli l'aveva impugnata per tutto il corso del giudizio.

» Finalmente per parte di D. Francesco de Martino dal di lui avvocato si sono date le risposte a' mezzi suddetti in sostegno della decisione impugnata.

» Udito il rapporto, presente l'avvocato D. Giuseppe de Leo in sostegno del ricorso, non essendo intervenuto alcuno per l'altra parte, ed inteso il pub. ministero:

» La corte suprema di giustizia deliberando nella Camera del consiglio:

» Vista la decisiene: visto il ricorso:

» Ha osservato,

» Che colla decisione impugnata si è ordinato il pagamento a favore di D. Francesco de Martino di tre partite, la prima di ducati 300 co' corrispondenti interessi contro de' fratelli D. Angelo, e D. Giuseppe de Leo, la seconda di ducati 90 contro del detto D. Giuseppe, e l'ultima di ducati 22 contro dello stesso D. Giuseppe.

» Che dell' enunciate partite, la prima trae la sua origine da un debito di ducati 300 contratto dal fu Saverio de Leo padre di essi D. Giuseppe, e D. Angelo in virtù d'istrumento de' 18 novembre 1793, in cui il de Leo erasi obbligato in favore di D. Antonio de Martino padre di D. Francesco, come cauzionante di Felice Juliano, ed è fusa nel rapportato doppio originale de' 31 dicembre 1812 tra essi de Leo, e D. Saverio de Martino, a favore del quale essi de Leo promisero il pagamento de' detti ducati 300 e loro interessi colla promessa di farne seguire l'assegnamento ove fra due mesi non gli avessero pagata detta somma su di un loro fondo.

» Ed in fine, che la seconda, e terza partita dipendono dal mentovato foglio, in cui D. Giuseppe si obbligò di pagare al de Martino ducati 22. per estaglio di un territorio da de Martino locato a D. Pasquale de Leo, cioè ducati 12. contanti, e per gli altri ducati 10. doversi apprezzare un' altra porzione del detto fondo, da cedere in pagamento de' mentovati ducati 300; ed altresì di doversi dal fondo medesimo distaccare in favore dello stesso de Martino altri ducati 90. per prezzo, e valore di un' orto venduto gli da detto Pasquale de Leo, il quale orto dovesse rimanere in favore del solo D. Giuseppe, con doversi detti ducati 100. imputare nella di lui porzione su beni ereditarj paterni.

» Considerando,

» Che per quanto riguarda la prima dell' enunciate partite, se i primi giudici ne avevano ordinato il pagamento a' termini del foglio de' 31. dicembre 1812; senza, che avessero potuto tener presenti gli strumenti, da' quali i convenuti traevano la estinzione di un tal debito, perchè non esibiti nel primo stadio del giudizio, non poteva del pari la gran corte adottando le considerazioni de' primi giudici confermare ciò che da' medesimi si era disposto; ma doveva conoscerne specificamente per vedere se nella convenzione del 1812. erasi per errore riputato esistente quel credito, che i de Leo sostenevano di essersi soddisfatto per effetto degl' istrumenti de' 9. maggio 1797; e de' 5. giugno, e 26. dicembre 1805. il che menava ad indagare se quella obbligazione erasi contratta o senza causa, o per una supposta causa del dovere, e per conseguente se poteva, o no aver effetto a' termini dell' art. 1085. delle leg. civ. uniforme all' art. 1131. dell'abolito codice civile vigente all' epoca della suddetta convenzione.

» Nè d' altronde giovar poteva l'osservare soltanto che contenendosi nel detto foglio una mera transazione, non era questa da potersi risolvere nè per errore di dritto, nè per causa di lesione, dapoicchè, ed a prescindere dall' indagare se erano o no adattabili alla stessa convenzione i termini di mera transazione, non poteva trasandarsi che anche nel-

la ipotesi di versarsi sull'esame di una mera transazione se dubitar non si può degli enunciati principj di dritto, espressi negli art. 1916. e 1924. leg. civ. è certo pure, che la legge stessa nel seguente art. 1925. ammette la rescissione delle transazioni nel caso di errore sulla persona, o sull'oggetto della controversia, e ne' casi ne' quali vi sia intervenuto dolo, o violenza; ed a dippiù per l'art. 1926. l'azione in recissione di una transazione, che sia caduta su di un titolo nullo, è negata soltanto nel caso, che i contraenti abbiano espressamente trattato della nullità.

» Quindi è che la decisione impugnata debba essere in questa parte annullata, perchè in essa, prescindendo da ogni altra osservazione, la gran corte anzichè occuparsi come doveva de' titoli da de Leo esibiti in appello, da' quali i convenuti cercavano di trarre e l'errore sull'oggetto della convenzione, perchè basato su di un titolo nullo, o sia di un debito già estinto, ed il dolo intervenuto nella convenzione medesima; si è applicata alla nuda idea di transazione non rescindibile per errore di dritto, nè per lesione, quando tutt'altro offriva la controversia portata al suo giudizio; ed in tal guisa ha fallacemente applicati i mentovati art. 1916. e 1924. delle leggi civ.; e violati gli altri di già indicati non dissimili dagli art. 2044. e seguenti del detto abolito cod. civ.

» Considerando,

» Che ugualmente censurabile rendesi l'altra parte della decisione suddetta portante la condanna di D. Giuseppe de Leo negli espressati ducati 90. poichè nel pronunziarla non ha la gran corte conosciuto se l'orto di Pasquale de Leo venduto al signor de Martino, e che per effetto della convenzione del 1812. doveva passare a D. Giuseppe de Leo con darsi a de Martino l'equivalente, fosse già passato al detto D. Giuseppe per renderlo debitore del prezzo; ed in tal guisa allontanandosi dal contratto che offriva una obbligazione subordinata alla dazione da farsi da de Martino a D. Pasquale dell'orto suddetto; l'ha riguardata come pura, e semplice, violando ed il contratto, e l'articolo 1088. delle leggi civili,

» Considerando,

» Che i detti ducati 22. non erano, che un debito che D. Giuseppe de Leo aveva renduto suo proprio, e si era obbligato di soddisfarlo nel proprio nome; in questa parte la decisione suddetta, per essersi in essa seguita la letterale obbligazione di esso D. Giuseppe, dev' essere conservata.

Per siffatti motivi la corte suprema in conformità delle conclusioni del pub. min. annulla la impugnata decisione, menochè per la parte, che contiene la condanna di ducati 22 a carico di D. Giuseppe de Leo, per la qual parte solamente rigetta il ricorso. Per la parte annullata, rimettendo le cose nello stato antecedente alla detta decisione, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

§. 10. » Ciò non ostante può rescindersi una » transazione nel caso di errore sulla persona, o sull'oggetto della controversia.

» Può rescindersi in tutti i casi ne' quali » vi sia intervenuto dolo o violenza *Art. 1925. leg. civ.*

Intorno all'errore sulla persona valga l'esempio di Scevola, che non estende al vero erede la transazione fatta con l'erede putativo.

» Debitor cujus pignus creditor distraxerat cum Maevio, qui se legitimum creditoris heredem esse jactabat, minimo transegit. Postea testamento prolato Septitium heredem esse apparuit. Quaesitum est si agat pignoratitia debitor cum Septitio, an is uti possit exceptione transactionis factae cum Maevio, qui heres eo tempore non fuerit; possitque Septitius pecuniam quae Maevio ut heredi a debitore numerata fuit, condictione repetere quasi sub praetextu hereditatis acceptam? respondi secundum ea quae proponerentur, non posse; quia neque cum eo ipse transegit, neque negotium Septitii Maevius gerens accepit. *L. 3. §. ult. D. de transactionibus.*

D'altronde si osserva, secondo il rescritto degli imperatori Diocleziano, e Massimiano, che l'allegare il proprio dolo non costituisce un legittimo motivo per rescindere una transazione.

» Transactione finita, cum ex partibus tuis magis dolum intercessisse, quam eorum con-

tra quos preces fundis, confitearis: instaurari grave, nec non criminosum tibi est. L. 30. Cod. de transactionibus.

Casus. Pone, induxisti me dolo, ut fundum meum quem meliorem credebas, cum fundo tuo permutarem; tu ipse deceptus fuisti. Quaeritur si contractum rescindere velis, tanquam dolo initum, debeas audiri turpitudinem propriam allegans? et respondetur quod non: mihi tamen bene liceblt agere, et facere, ut stetur transactioni. »

» La transazione, osserva poi Delvincourt, si fa *intuitu personae*. Se dunque la persona con cui io tratto non è quella colla quale credeva di trattare, non mi può essere la transazione opposta neppure da colui che venisse ad esercitare li stessi dritti. Se dunque ho io transatto col possessore di una eredità, questa transazione non può essermi opposta dal vero erede *L. 3. §. ult. D. de transactionibus*. Opporrassi a questa decisione l'articolo 1940 (1193) dal quale potrà conchiudersi esser valido tutto quello che si è fatto col possessore di un dritto, quando anche questo possessore ne soffra di poi l'evizione. Io rispondo che questo principio debb'essere applicato a tutti gli atti ne' quali la considerazione della persona non entra o si reputa non entrarvi per nulla, come il pagamento, la vendita ec.; ma non a quegli atti che si fanno *intuitu personae*, come la transazione. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota 20. al tit. 7. t. 8.*

Il dolo, e la violenza per cui la transazione può essere rescissa debbono risultare da quel calcolo di pruova, e di documenti sottoposto all'esame del magistrato. Decisione de' 16 settembre 1824.

» *Fatto.* Con iscrittura sinallagmatica, segnata ai 30 marzo 1817, la signora Zaccone si obbligò di non alzare la sua casa per modo da pregiudicare il prospetto della casa del signor de Nicola; e questi permise alla signora Zaccone di fare nella di lei casa una così detta *carciata* alla romana, di cui si precisò la forma.

» In progresso la signora Zaccone impugnò la convenzione per nullità della scrittura, per dòlo, e circonvenzione usata contro di lei, e per falsa causa.

» Dietro le convenienti difese del sig. de Nicola, portata la causa all'udienza del tribunale civile di Cosenza, il medesimo con sentenza de' 10 settembre 1819 rigettò la domanda della nullità della scrittura, ed ordinò una perizia per verificare se la signora Zaccone aveva contravvenuto alla convenzione. Successivamente, visto l'esito della perizia, con altra sentenza de' 18 febbrajo 1820 dichiarò che allo stato la signora Zaccone non aveva contravvenuto alla convenzione de' 30 marzo 1817 le proibì intanto, a' termini della medesima di fare alcune innovazioni, che alterasse la linea visuale fissata dal muro di rimpetto alla casa di de Nicola. Della prima sentenza appellò la signora Zaccone insistendo sulla nullità della scrittura, e quanto aveva precedentemente dedotto. Della seconda appellò il signor de Nicola, pretendendo che si dovesse rispettare non solo la linea visuale diretta, ma anche la visuale obbliqua della sua casa.

» La gran corte civile di Catanzaro dopo aver date delle disposizioni tendenti a verificare il dolo, e la circonvenzione allegata, dovendo devenire alla decisione della causa; considerò; che ciascun originale delle scritture sinallagmatiche dee contenere le firme di tutti gl' interessati; e che ciò non si verificava nella specie: che quando anche la scrittura in quistione fosse stata valida per la forma, era nulla per la frode, e la circonvenzione: e che in ogni caso la convenzione mancava di causa, non potendo imbirsi alla signora Zaccone di alzare le sue fabbriche, poicchè tra la di lei casa, e quella del signor de Nicola vi era una distanza di 16 palmi, e sette once; ed in tale distanza la legge lasciò a' proprietarj la libertà di elevare i loro edificj all' altezza che vogliono. In conseguenza con decisione de' 24 febbrajo 1823 dichiarò nulla la carta sinallagmatica de' 30 marzo 1817 ed ordinò che la signora Zaccone si servisse de' suoi dritti per lo inalzamento della sua casa a' termini della legge.

» Il signor de Nicola denunziò l'anzidetta decisione chiedendone l'annullamento 1.° per essersi male applicato l'articolo 1297, dichiarandosi nulla la convenzione del 1817, perchè mancante della firma della signora

Zaccone l'originale esistente in di lei potere: 2.° per essersi contravvenuto all'articolo 1910 delle stesse leggi, mentre per supposto dolo, e circonvenzione si era annullata una transazione garantita dalle sanzioni dell'articolo medesimo: 3.° per essersi avuto per vero che la transazione stessa mancasse di causa, mentre questa risultava dalla perizia eseguita.

» Udito il rapporto: presenti gli avvocati D. Pasquale de Laurentiis, e D. Giuseppe Marini Serra pel ricorrente: e D. Giovan Felice Pennasi ico per la convenuta; ed inteso il pub. minist. che ha concluso al rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. ministero.

» Vista la decisione: visto il ricorso:

» Visto l'articolo 1279 leggi civili.

» Sul primo motivo:

» Considerando, che sebbene le scritture private, che contengono obbligazioni sinallagmatiche debbono esser fatti in tanti originali quante sono le parti interessate colle firme rispettive; pure poichè l'oggetto della legge è, che ciascun originale serva di titolo a colui che lo possiede contro colui che l'ha soscritto, ed ambedue gli originali insieme formano l'atto perfetto; perciò è inutile, che le due firme sieno nel tempo medesimo apposte in ambedue gli originali, basta che ciascuno abbia la firma dell'altro a lui obbligato. Tutto ciò che è a nostra volontà, ed arbitrio, si ha come adempito. Da quì è che ove la gran corte ha considerato, che, a malgrado l'originale presso la signora Zaccone abbia la firma del signor de Nicola, sia imperfetto, dacchè manca della firma di lei: che poteva porvela sempre che le fosse piaciuto è andata in opposizione allo spirito dell'articolo sopracitato, per cui la corte suprema disapprova questa parte delle considerazioni.

» Sul secondo.

» Visto l'articolo 1928.

» Attesocchè le transazioni che hanno fra le parti l'autorità delle sentenze inappellabili, e non possono impugnarsi nè per motivo di errore di dritto, nè di lesione, possono attaccarsi qualora vi sia intervenuto dolo, o violenza.

» Ora attesocchè nella specie, la corte giudicatrice nel calcolo delle pruove, e da elementi legali ha riconosciuto, che la convenzione impugnata fu il risultato del dolo, e della circovenzione praticata colla signora Zaccone, per cui siccome era al caso d'impugnarla, e la corte giudicatrice si è convinta del concorso degli estremi per cui le convenzioni si annullano, il di lei giudizio è sottratto dal demanio della corte suprema.

» Sul terzo,

» Visti gli articoli 1063 codice civile, e 685 leggi civili.

,, Considerando, che oltre l'errore, ed il dolo, per cui il consenso non è valido, rende nulla la convenzione; nella specie si verifica la mancanza della causa ad obbligarsi: avvegna che non vi era titolo di servitù verso la signora Zaccone ad impedirle di alzar la sua casa; ne riveniva dalla situazione de' rispettivi edifizj, che distavano oltre sedici palmi; onde anche perciò l'obbligazione che vuol trarsi dalla scrittura controversa, non può avere alcun effetto. Quindi la gran corte dichiarando come non avvenuta la convenzione contenuta nella carta controversa, e decidendo, che la signora Zaccone si valga de' suoi dritti nell'alzar le fabbriche della sua casa, si è confermata alla legge, ed ha giustamente protetta la ragion del dominio.

Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso; libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati ..... oltre il costo della spedizione.

» §. 11. Vi è egualmente luogo all'azione, » per rescindere una transazione che sia stata » fatta in esecuzione di un titolo nullo, pur» chè le parti non abbiano espressamente trat» tato della nulità. *Art.* 1926. *Leg. civ.*

Osservano gli autori delle pandette francesi » potersi recare per esempio dell'applicazione di questa disposizione il caso di un testamento non rivestito delle formalità prescritte. Se l'erede ha transatto con un legatario sul legato fatto a suo vantaggio da questo testamento supposto nullo, egli potrà, quando avrà scoperta e fatta pronunciare la nullità, intentare il giudizio contro la tran-

sazione, perchè questa non ha avuto luogo che in esecuzione di un titolo nullo. Ma se fosse stato detto nell'atto che non ostante la nullità del testamento l'erede acconsente di pagare tutto o parte del legato, questi non potrebbe più, neppure facendo pronunciare questa nullità, impugnare la transazione, perchè precisamente è stato transatto su questo oggetto.

» Fa d'uopo peraltro osservare che non si dee far uso di questo articolo, se non riguardo ad atti radicalmente nulli. Ingiustamente si tenterebbe applicarlo a quelli che sono difettosi. Questi atti non sono nulli, ma solamente rivocabili. Il difetto non produce che una eccezione in favore della parte che può opporlo. Ma trattando a norma di questo articolo, essa la ratifica e rinuncia alla sua eccezione.

» Così il maggiore che transige sopra un atto da lui stipulato nella età minore, e sulla esecuzione di un tal atto non potrebbe andar contro questa transazione; perchè con questo solo fatto ha rinunciato al beneficio della restituzione riguardo alla parte colla quale ha trattato. *Osservazione all'articolo* 2054. *del cod civ.*

Vedi. *Testamento* §. 10. Decisione dell'abolita nostra corte di cassazione de' 14 giugno 1811.

» §. 12. La transazione fatta sopra docu-
» menti che si sono in seguito riconosciuti
» falsi è interamente nulla. *Art.* 1927. *Leg. civ.*

Gl' imperatori Leone ed Antemio sanzionarono la medesima nullità nel solo caso però che la transazione cadeva su gli oggetti relativi al documento dichiarato falso.

» Si ex falsis instrumentis transactiones, vel pactiones initae fuerint, quamvis jusjurandum de his (*scilicet transactionibus*) interpositum sit, tamen civiliter, falso revelato eas retractari praecipimus: ita demum, ut si de pluribus causis, vel capitulis eaedem pactiones, seu transactiones initae fuerint, illa tantummodo causa, vel pars retractetur, quae ex falso instrumento composita convicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus, nisi forte etiam de eo quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur. *L.* 42. *Cod. de transactionib.*

Casus. Petebas a me codicem meum, et alias plures res: produxisti instrumentum falsum, cujus timore veni ad transactionem: praetextu falsi instrumenti an possim retractare transactionem quaeritur? et resp. quod sic: et licet interposui sacramentum de non veniendo contra, tamen rescindetur praedicta transactio; et si plures fuerunt causae, super quibus transactum est timore illius falsi instrumenti, in his maneat rata transactio, in quibus instrumentum falsum non est; in aliis autem infirmetur. Et haec sunt vera, nisi quaestio falsi instrumenti prolati mota cum aliis controversiis fuerit decisa, ut si protulisti contra me instrumentum falsum, et illud arguebam de falso, institui contra te actionem, deinde transegi tecum. Ex hac lege notatur quod quando capitula sunt separata, falsitas vel dolus circa unum capitulum non vitiat alind capitulum: secus tamen esset in connexis capitulis, vel dependentibus; quia vitiato principali, omnia capitula vitiantur. *Accurs.*

Sul presente articolo 1927 osserva Delvincourt, che la transazione è nulla anche riguardo ai capi cui non si riferiscono i falsi documenti. Si è voluto in ciò abrogare la disposizione della *L.* 42. *Cod. de transactionibus*, la quale non annullava la transazione che sui punti relativi al falso documento. La disposizione del codice civile è più conforme ai principj. In una transazione, come abbiam detto, tutto è correlativo. Si può supporre che l'una delle parti non ha fatto de' sacrificj su di alcuni punti, se non perchè l'altra parte consentiva a farne dal suo lato su di altri punti. Del resto fa d'uopo tener presente la stessa eccezione relativa alla transazione fatta sull'appoggio di falsi documenti; a meno che le parti non abbiano transatto sul falso (*eod. L.* 42.); salvo nondimeno in quest'ultimo caso la esecuzione dell'articolo 249 (344) del codice di procedura che prescrive non potersi eseguire alcuna transazione fatta anche sull'incidente di falso, se non è stata omologata in giudizio dopo la comunicazione fattane al pubblico ministero. Il motivo di questo articolo è che può accadere che la procedura di falso incidente civile somministri de'lumi sull'esistenza de' falsarj: non

si è dunque voluto che le parti potessero con una transazione, la quale resterebbe ignorata, privare il ministero pubblico de' rischiarimenti che gli potessero esser utili per giungere alla conoscenza di un misfatto che le leggi puniscono in una maniera particolare. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota 14 al tit. 7. tomo 8.*

» §. 13. È parimenti nulla la transazione » di una lite che fosse finita con sentenza » passata in giudicato, della quale le parti » o una di esse non avevano notizia.

„ Quando la sentenza ignorata dalle parti „ fosse ancora appellabile, la transazione sa„ rà valida. *Art.* 1928. *Leg. civ.*

Su la nullità della transazione fatta dopo un giudizio passato in cosa giudicata gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano hanno consegnata la medesima sanzione.

„ Si causa cognita, prolata sententia, sicut jure (*praesentibus partibus, vel una contumaciter absente, sententia scripta, et partibus recitata*) traditum est, appellationis, vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super judicato frustra transigi (*nisi animo donandi, vel novandi ut et illa revocetur in dubium, ut pote super certo tamen per pactum de non petendo potest ipsum liberare*) non est opinionis incertae. Proinde si non aquiliana stipulatione, et acceptilatione subsecuta, competentem tibi actionem peremisti (*animo forte donandi, vel novandi quod fieri potest, ut infra Cod. de except. rei jud. L. si causam*) praeses provinciae usitato more legum, rebus pridem judicatis, effectum adhibere curabit. *L.* 32. *Cod. de transationibus.*

Casus. Petabas a me decem, obtulisti: non appellavi intra decem dies; neque in integrum adversus sententiam fui restitutus; quia non eram minor; an super actione in factum ex re judicata transigere possim quaeritur? responde quod non, quasi super certo; unsi eam per stipulationem Aquiliae, et acceptilationis non sustulisti; ut pars pareat jnceptis in praecepts providiuit. *Vivianus.*

dicata, [illegible] arti abbiano poi [illegible] espressamente rinunciato [illegible] sentenza e quindi abbiano [illegible] la loro transazione è riconosciuta valevole in tutto [illegible]? Alciati sostiene l'affermativa.

„ Quid si partes prius sententiae expressim renunciaverint, an valebit deinde transactio? Et Baldus, quem caeteri sequuntur, valere ait *L. si diversa. eodem* quia nihil impedit, quin sententiae in suum favorem latae, renuntiare quilibet possit *L. juris gen. §. si paciscar. de pactis.* Sed mirum est, inquit Paulus Castr. cur non semper valeat transactio, tanquam renunciatum semper ex necessaria sequela ipsi sententiae videatur *L. ad rem. L. ad legatum. L. illud. de acquir.* haerentque hac in salebra recentiores. Ego cum de transactione agatur, idest, de contractu ultro citroque obligatorio, qui in substantia deficit, quia super re clara factus est, non censeo interpetrationem hanc admittendam, ut videantur partes sententiae renuntiasse, ut actus sustineatur; sed potius inutilem actum celebrare voluisse, ut Bartolus hic sensit *L. an inutilis dict. §. si quis ita*; quia verisimile est eum, qui ex hoc contractu debitor constituitur, delectari actum se nullum facere, et scientem tacere. Unde quod dicitur, eum qui vult id quod consequens est, utique velle, et id quod necessario praecedit: in vero justoque consensu procedit, non in eo qui in speciem adhibetur. *Alciat. Comment. in Cod. tit. de transactionibus ad L. 32. n. 18.*

Ulpiano discute due questioni: 1.° se possa transigersi sul dubbio senso di una sentenza profferita: 2.° se dopo la condanna di un fedejussore possa il debitor principale transigere. Decide per l' una, e per l' altra affermativamente.

„ Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellari potuerit.

„ Si fidejussor conventus, et condemnatus fuisset, et mox (*non intra triduum vel biduum; quia tunc etiam fidejussor posset appellare, et sic transigere, cum sit dubia, ut supra in prin. h. D. Alii dicunt quod intra triduum hoc fuit, et sic habet per alium quod per se habere non potest? Prima placet, ut infra proxime probatur*) reus transegisset cum eo, cui erat fidejussor condemnatus, an transactio valeat quaeritur? puto valere: quasi omni causa, et adversus reum, et adversus fidejussorem dissoluta (*Per exceptionem tran-*

segit, quando nec appellaverat, nec appellare poterat) Si tamen ipse fidejussor condemnatus transegit, et si transactio non pertinit rem judicatam, tamen eo quod datum est, revelari rem judicatam oportet. Usque adeo autem quod datum est, etiam si non proficit ad transactionem, extenuat tamen rem judicatam. *L. 7. D. de transactionibus.*

Casus. Scire debes quod si judicatum fuit, quod super re judicata non potest transigi, ut *de condi. indeb. L. eleganter* §. 1. et illa vera sunt nisi fuerit appellatum, vel nisi sit intra decem dies; nam tunc valet transactio.

» *Si fidejussor.* Titius fidejussit pro me: iste Titius fidejussor conventus damnatus fuit, ego postea cum creditore transegi, valet quidem transactio non solum mihi, sed etiam fidejussori. Sed Titius fidejussor cum esset condemnatus transegit, non valet transactio, si hoc fecit post decem dies, sed quod solverit retinebitur in rem judicatam. *Vivianus.*

È intanto da osservarsi con Vinnio, che la sentenza su di cui non si può transigere debba essere definitiva sul merito della questione; imperciocchè quella o che sia interlocutoria, o che sia profferita da un giudice incompetente, o che contenga un errore di calcolo, o che non esprima la certa quantità della cosa litigiosa, o che finalmente siasi pronunciata senza cognizione di causa, dà sempre motivo ad una valida transazione.

» Ut transactio post rem judicatam interposita intelligatur nullas vires habere, necesse est, ut sententia jure subsistat. *L. eleganter* §. 1. *D. de cond. indeb.* nam ubi sententia non valet nec judicatum intelligitur, veluti si sententia non contineat absolutionem aut condemnationem *L.* 3. *Cod. de trans.* si a non competente judice lata sit *L.* 6. §. *quid si D. de injust. rupt. L.* 1. §. *ult. D. ad Tert.* si manifestum errorem contineat calculi *L.* 1. §. 2. *D. quae sent. sine ap. resc.* si sine certa quantitate prolata *tit. Cod. de sent. quae sine certa quant.* si pronuntiatum sit causa non cognita. Denique ne singula commemorem, quod non est hujus loci, ipso jure nulla est sententia, ac proinde non impedit, quominus adhuc transigi possit, quae lata est contra leges constitutionesve principum *L.* 2. *Cod. quand. prov. non est nec. L.* 1. §. 2. *quae sent. sine arg. L. si expressim D. de appel.* ubi, ut hoc obiter moneam, rigor rectitudinem significat, ut apud scriptores de limitibus, et contra juris rigorem; idem est quod contra tenorem et formam juris sicut apud Quintilianum *lib.* 9. *cap.* 3. *rigor orationis* pro tenore perpetuo sui simili. *Vinnii Tract. de transactionibus cap.* 4. *n.* 7.

Bigot - Preameneu espose al consiglio di stato di Parigi su quest' articolo che

» La transazione fatta su di una lite decisa da una sentenza passata in cosa giudicata, di cui le parti o una di esse non ne aveva notizia, esser dee nulla, non essendo più il dritto dubbio quando le parti hanno transatto.

» Se la sentenza era ignorata dalle parti, il fatto della non esistenza di lite o dubbio, non sarebbe meno certo. Vi sarebbe stato un' errore su l' oggetto medesimo della transazione.

» Se la sentenza fosse ignorata da una parte sola, vi sarebbe una seconda causa di rescissione, cioè quella che risulta dal dolo della parte, la quale sapeva di essere stata irrevocabilmente condannata.

» Sarebbe ben diverso, se la sentenza ignorata dalle parti era suscettibile di appello. Si può in vero presumere che se la parte la quale avrebbe ottenuto questo successo lo avesse conosciuto, avrebbe cercato di riportarne vantaggio nella transazione; basta però che la sentenza pronunziata fosse allora capace di appello per esservi ancora qualche dubbio; e quando la base principale della transazione resta, non si saprebbe annullare su di una semplice presunzione.

» Non si fa menzione nella legge del ricorso in cassazione che ella autorizza in alcuni casi contra le sentenze che non sono suscettibili di appello. Il ricorso in cassazione non impedisce che vi sia un dritto acquistato, vale a dire un dritto la di cui esecuzione non è sospesa; ma se i mezzi di cassazione presentassero ancor essi una questione dubbia, questa controversia potrebbe come ogni altra essere l'oggetto di una transazione. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. num.* 97.

» §. 14. Allorchè le parti hanno transatto » generalmente sopra tutti gli affari che po» tessero esservi fra loro, i documenti che loro

» erano ignoti in quel tempo, e che posteriormente sieno stati scoperti, non costituiscono una causa di rescissione, purchè » non sieno stati occultati per fatto di una » delle parti medesime.

,, Ma la transazione è nulla, quando essa non riguardi che un solo oggetto, e ,, resti provato da' documenti nuovamente ,, scoperti, che una delle parti non aveva ,, alcuna ragione sopra lo stesso oggetto. *Art.* ,, 1929. *Leg. civ.*

Questo articolo è uniforme al rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiano.

» Sub praetextu instrumenti postea reperti transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur.

,, Sane si eam per se vel alium subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur: si quidam actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur. Si vero jam perempta est intra constitutum tempus, tantum actionem de dolo potes exercere. *L. 19. Cod. de transactionibus.*

Casus. Mutuavi tibi decem, factum est instrumentum; negasti te mihi debere, vel te solvisse dicis, unde venit in dubium; tecum transegi pro quinque, et alia quinque remisi, quia instrumentum reperire non potui, sed transactione facta instrumentum inveni, an ejus praetextu litem finitam transactione resuscitare possim quaeritur? et responde quod non. Si autem instrumenta subtraxisti per servum vel per alium credentem tua esse, et neutro casu commissum fuit furtum, ut propter hoc facilius veniretur ad transactionem, aut fuit simplex transactio, aut aquiliana transactione vallata, et acceptilata. Primo casu agam actione pristina, et si accipias de pacto transactionis, replicabo de dolo. Secundo casu, tum nullum detur mihi auxilium, agam de dolo. *Vivianus.*

Il tribuno Albisson fe osservare al tribunato di Parigi che l'articolo in esame » suppone il caso in cui le parti che hanno avuto diversi affari, e volendo finalmente liberarsene transigono generalmente su tutto quello, che possono avere, e vengono in seguito a scoprire dei titoli sconosciuti nel tempo della transazione. Questa potrà essere attaccata su tale fondamento?

» Il progetto distingue: o questi titoli nuovamente scoperti si erano ritenuti col fatto di una delle parti o no. Nel primo caso la scoverta di questi titoli è una causa di rescissione, fondata da una parte sul dolo di colui che ha conservati i titoli, e dall'altra su l'errore invincibile di colui al quale sono stati occulti. Nel secondo caso essendo l'errore comune, l'atto col quale le parti hanno inteso di far cessare o prevenire tutte le questioni che potevano far insorgere tra di essi o tra i di loro eredi, i diversi affari che avevano avuto o avevan potuto avere, dee sussistere.

» Altrimenti sarebbe se la transazione non aveva che un oggetto sul quale sarebbe provato, per mezzo di titoli nuovamente scoperti, che una delle parti non rappresentava alcun dritto. Allora la convenzione sarebbe nulla perchè priva di causa: quest'ultimo caso allontana come inutile la controversia di sapere se i titoli di nuovo acquistati si erano acquistati o no col fatto di una delle parti. *Esposizione de motivi sul cod. civ. num.* 98.

» §. 15. L'errore di calcolo caduto in una » transazione debbe essere corretto. *Art.* 1930. *Leg. civ.*

Gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano rescrissero potersi emendare l'errore di calcolo, sino a che su l'errore stesso non vi sia stata una transazione, o non si sia profferito un giudizio.

» Errorem calculi sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerserit, veritati non afferre praejudicium saepe constitutum est; unde rationes etiam saepe computatas denuo tractari posse si res (*idest quaestiones habitae super errore computationis*) judicatae non sunt, vel transactio non intervenit explorati juris est. Sed et si per errorem calculi velut debitam quantitatem, cum esset indebita, promisisti, condictio liberationis tibi competit. *L. un. Cod. de errore calculi.*

Casus. Tenebaris mihi in aliquam quantitatem pecuniae ex pluribus causis, puta ad 10 ex causa mutui, ad alia 10 ex causa emptionis, et venditionis, ad 5 ex causa per-

mutationis, computavi dicens 10 et 10 et 5 faciunt 30 cum non faciant nisi 25, et sic computavi demum, quod tenebaris mihi in 30, et hoc per errorem, an tibi praejudicetur, quo minus iterum fiat computatio quaeritur, et responde quod non, nisi fuerit quaestio super errore computationis sopita transactione, vel per sententiam, unde si plusquam debuisti promisisti, liberationem condictione sine causa condices. Idem erit si penes memercatorem aliquam quantitatem deposuit scholaris puta 100 computavit quod penes me remaneret, et quod recepit apparuit quod restabant 50, et alia 50 solvissem, cum tamen non solvissem nisi 10 non iste error praejudicet scholari quaeritur? et responde quod non; vel apparuit quod 50 essent soluta 60 hoc non praejudicat mihi mercatori, et licet propter hoc promisi plusquam debui, agam condictione sine causa, ut liberet, et haec sunt vera, nisi veniret in dubium computatum esset necne, et de hoc esset transactum vel sententia lata.

» Nota ex hac lege quod erronea calculatio, etiam saepe facta non nocet, et est argumentum, quod erronea confessio saepius repetita possit revocari, secundum Baldum. *Accursius*.

» Questa massima contenuta nell' articolo in esame non è particolare alle transazioni sulle liti. Essa, dicono gli autori delle pandette francesi, è comune a tutte le convenzioni nelle quali possono entrar calcoli. È un proverbio triviale *errore non è conto*.

» Il senso del nostro articolo è che questa regola debb' essere osservata anche nelle transazioni. Se in un atto di questa natura fosse detto che io sarò tenuto a darvi per un oggetto 200 fr. e per un altro 300 d'onde mi obbligo pagarvi la somma totale di 700 fr. in vece di cinque, questo sarebbe evidentemente un errore di calcolo che dovrebbe riformarsi, benchè l' atto fosse una transazione. *Osservazione all' articolo* 2056. *del cod. civ.*

» **TURBAMENTO D'INCANTI.** §. 1. Coloro che negl' incanti delle proprietà, dell' usufrutto della locazione delle cose immobili o mobili, o di un appalto o oblazione qualunque ne turbino la libertà, arrestando, o allontanando gli oblatori con minacce, doni, promesse, o producendo offerte supposte, saran puniti col primo grado di prigionia, e coll' ammenda. *Art.* 222. *Leg. pen.*

Serva di esempio il responso di Ulpiano.

» Qui dolo malo fecerit, quo minus judicia tuto exerceantur, aut judices, ut oportet judicat vel is qui potestatem, imperiumve habebit quam ei jus erit, decernat, imperet, faciat. Qui ludos pecuniamve ab aliquo invito polliceri publice, privative per injuriam exegerit: item qui cum telo dolo malo in conventu fuerit, aut ubi judicium publice exercebitur. . . Hac lege tenetur, et qui convocatis hominibus vim fecerit (*cum armis*) quo quis verberetur, et pulsetur, et si neque homo occisus sit. Damnato de vi publica, aqua et igni interdicitur. *L.* 10. *D. ad leg. jul. de vi pub.*

Casus. Qui dolum commisit, ut judicia non procedant tute, vel ut judex male judicet, vel ut potestas aliter, quam sit jus decernat tenetur hac lege julia. Item hac lege tenetur qui per injuriam exigit ab alio pollicitationem de ludendo, vel pecunia danda. Item hac lege tenetur litigator, qui coram judice, vel ibi juxta stabat cum lancea ad terrendum judicem. Sed ille qui habet homines, et ministros causa pugnandi cum bestiis non tenetur hac lege. Item hac lege tenetur, qui convocatis hominibus vim fecit, ut aliquis verberetur, et pulsetur, licet non sit occisus. Item damnato hac lege interdicitur ei aqua, et igni. »

Osserva Alberici su l' articolo 412 del codice francese che » il motivo il quale ha determinato specialmente questa disposizione si è la facilità di un impedimento alla libertà degl' incanti, la cui importanza interessa da vicino la causa pubblica. Sia per un fatto della persona contro cui si proceda, sia per una rivalità di commercio, può di leggieri essere alterato l' esperimento dell' asta pubblica; onde conveniva indispensabilmente stabilire una pena contro i perturbatori.

» Nel dritto romano questo delitto non era altrimenti conosciuto, se non si vuole ridurre alla ipotesi della *L.* 20. *D. ad Leg. jul. de*

vi pub. del seguente tenore. *Lege julia de vi publica tenetur qui dolo malo fecerit quo minus judicia tute exerceantur.* Del resto gl' interpetri di quel dritto ci avvertono, che ne' più tardi tempi della giurisprudenza sull' esempio della pena inflitta dal pretore a quelli che corrompevano il suo albo, solevansi punire straordinariamente coloro che si opponevano alla pubblicazione de' programmi giudiziarj *Alberici - Com. su l'articolo* 412 *del cod. pen.*

Sono condannati alla medesima pena, inflitta dall' articolo in esame, gli uscieri, che commettono il medesimo delitto, in virtù delle seguenti disposizioni dettate dal decreto de' 17 agosto 1819.

» *Art.* 10. §. 2. Tutte le volte che gli uscieri turbino la libertà degl' incanti, arrestando, o allontanando oblatori, saranno puniti correzionalmente colle pene stabilite nell' articolo 222 delle leggi penali. Questa condanna porterà sempre con se la destituzione dell' usciere. »

» §. 2. Gli ufiziali pubblici, o altri agenti o incaricati dal Governo, complici de' reati menzionati nell' articolo precedente saran puniti colla relegazione. *Art.* 223. *Leg. pen.*

Vedi *Complicità.*

» **TUTELA.** §. 1. Il padre, durante il matrimonio, è l'amministratore de' beni di proprietà de' suoi figli minori. *Art.* 312. *Leg. civ.*

Premettiamo all'esame di questo articolo la intelligenza, e la definizione della tutela nel modo come vien espresso da Gerardo Noodt.

» Tutela, a tuendo dicta est. Tueri autem Varro. *Lib.* 6. *de ling. lat.* ait, duo significare: unum ab adspectu; alterum a curando, ac tutela; ut cum dicimus, bellum tueor, et tueri villam: a quo etiam quidam, sic pergit, dicunt illum, qui curat aedes sacras, Æditūum, non Æditimum; sed tamen hoc ipsum ab eadem profectum est origine, quod quem volumus domum curare, dicimus, tu domi videbis; ut Plautus cum ait; intus para, cura, vide quod opus fiat. Tueri ergo est videre, item servare, curare, custodire, defendere; ut et Nonius probat. Inde tutores quasi tuitores, seu defensores appellantur: tutela vero defensionem, curam, conservationemque notat. Hoc sensu sumitur in illo Horatii *lib.* 2. *sat.* 2.

. . . . . *Interdicto huic omne adimat jus Praetor, et ad sanos abeat tutela propinquos.*

Haec lata et naturalis tutelae significatio est: et strictius sumitur in jure civili: ibi definitur a Servio apud Paulum. *L.* 1. *D. h. t.* *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa. Gerardi Noodt. Com. Tom.* 4. *Lib.* 26. *tit.* 1.

Per ciò che riguarda l'amministrazione concessa col nostro articolo al padre sopra i beni de' figli minori è mestieri osservare, che le conseguenze sono le stesse di quelle, le quali discendono da chiunque altro amministra beni altrui; vale a dire il padre è obbligato a render conto non solo della proprietà ma anche dei frutti che percepisce.

Quest' amministrazione è poi essa una tutela?

» La questione, risponde Delvincourt, presenta qualche importanza; prima di tutto per causa dell' ipoteca legale che ha luogo su i beni del tutore, ed in seguito perchè la qualità di tutore imporrebbe al padre delle obbligazioni particolari, quando non fosse altra che quella di far nominare un tutore surrogato. Sembra risultare dalla intenzione del tribunato, sulla proposizione del quale questa disposizione venne adottata, che il padre non sia astretto ad alcuna delle formalità che la legge impone al tutore, e specialmente alla obbligazione di ottenere in certi casi l'autorizzazione del consiglio di famiglia, a far nominare un tutore surrogato ec. Nulladimeno io penso che se il figlio si trovasse avere degl' interessi opposti a quelli di suo padre; come se la successione di uno de' suoi fratelli venisse ad aprirsi *ab intestato*, ben sarebbe d' uopo che la ripartizione di questa eredità, se avesse luogo, si facesse con un contraddittore legittimo, tutore *ad hoc*, tutore surrogato, o altro. Io penso, parimenti che il padre, benchè amministratore, non potrebbe di sola propria autorità alienare o ipotecare gl' immobili di suo figlio. Bisognerebbe perciò ch' egli venisse autorizzato al-

meno dal tribunale, il quale probabilmente non mancherebbe di consultare la famiglia. Così la sola notabile differenza che io scorgo fra il padre tutore e 'l padre amministratore si è che quegli non può mischiarsi nella gestione prima di aver fatto nominare un tutore surrogato; mentre che questi non vi farà procedere che in caso di necessità; ed in secondo luogo che il padre amministratore non è passibile della ipoteca legale che ha luogo su i beni del tutore. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 19. *al tit.* 10. *Tomo* 3.

Più precisamente Toullier osserva su l'oggetto che ,, l'amministrazione de' beni de' figli minori data dalla legge al padre durante il matrimonio non porta il nome di tutela. Non è se non dopo la morte di uno de' genitori che incomincia la tutela propriamente detta; e che il superstite il quale è tutore di dritto, deve far nominare un tutore surrogato ai figli minori; se durante il matrimonio insorgano delle controversie fra essi ed il padre; per esempio, se si legassero al padre ed ai figli de' beni, di cui il primo dimandasse la divisione, egli dovrebbe far loro nominare un tutore speciale, come pure nel caso di disapprovazione. *Toullier. Corso di dritto civ. num.* 1090. *tomo.* 3.

La suprema corte di giustizia con decisione de' 10 marzo 1823. riconobbe la massima, che il padre, durante il matrimonio essendo amministratore de' beni de' suoi figli minori, non possono sperimentarsi contro di lui gli effetti della tutela, conseguentemente non si dà ipoteca legale pei creditori del figlio sopra li di lui beni.

,, *Fatto.* Nel tribunale civile di Campobasso fu aperto giudizio di collocazione su beni espropriati a danno di D. Giuseppe Spetrini. Tra i creditori concorsi vi fu D. Concetta Valerio, vedova di D. Vincenzo Spetrini, figlio di esso D. Giuseppe, la quale pretese a' termini dell'articolo 1166 dell'abolito codice civile di godere della ipoteca legale per le di lei doti nella somma di ducati 3000 su i beni del suocero. Allegò in sostegno che questi nel contratto nuziale, mentre dichiarò di aver ricevuti i suddetti ducati 3000 promise nello stesso tempo di tenerli in amministrazione, ipotecandoli specialmente sopra la casa di sua abitazione, e si obbligò restituirli se mai il caso si avverasse.

,, La signora Valerio essendo rimasta esclusa, produsse le opposizioni contro il verbale di collocazione, sostenendo di competerle il sub ingresso a' dritti del marito di cui era il dominio della dote estimata, il quale per la sua minore età, come avea diritto all'ipoteca legale, così potevano da lei esercitarsi utilmente. Il tribunale le rigettò con sentenza de' 4. giugno 1821. La stessa signora Valerio ne appellò.

,, La gran corte civile di Napoli con decisione de' 26. novembre del suddetto anno facendo dritto all' appello dichiarò competere alla signora Valerio pel sub ingresso l'ipoteca legale su fondi spropriati a danno del suocero, e quindi riformando l'appellata sentenza, ordinò, che il verbale di collocazione si rettificasse accordandosi l'ipoteca legale alla suddetta signora Valerio dal dì de' di lei capitoli matrimoniali.

,, Il signor D. Onofrio Zita, e conjugi D. Francescantonio Jacobucci, e D. Rosa Spetrini, creditori di D. Giuseppe, impugnarono la suddetta decisione con ricorso nella corte suprema di giustizia. Essi allegarono. 1. e 2. Che la gran corte avendo accordato alla signora Valerio l' esercizio de' dritti del marito defunto, come di lui creditrice, senza far citare gli eredi del medesimo, ha violate le leggi fondamentali dell'ordine giudiziario; non che gl'intieri titoli del digesto, e del codice, *quando ex facto tutoris vel curatoris minoris agere vel convenire possunt*, e precisamente la *leg.* 3. *cod. detto tit.* e *leg.* 4. *D. detto tit.* 3. Che la stessa gran corte con ammettere un ipoteca legale a favore di D. Vincenzo Spetrini su beni del padre di lui amministratore, e non tutore, ha disteso al di là del caso dalle leggi espresso un privilegio odioso, che forma eccezione alle regole generali, per particolari considerazioni, e che offende l' esercizio de' dritti degli altri, violando apertamente la *leg.* 14. *D. de reg. jur.* e la *leg.* 14. *D. de legibus*, uniformandosi all' art. 8. delle leggi civ. 4. e 5. Che la suddetta gran corte nel dichiarare, che compete alla signora Valerio la ipoteca legale in nome del marito defunto su i beni

del suocero, ha violato gli art. 399. e 404. della suddette leg.: e la seconda parte dello stesso art. 1166. del codice abolito, dalla suddetta signora Valerio invocato.

,, Udito il rapporto: presenti gli avvocati D. Ferdinando Lopez-Fonseca pei ricorrenti, e D. Camillo Ponticelli pe' convenuti; ed inteso il pubb. minist. che ha chiesto l' annullamento della decisione impugnata sotto i due soli rapporti dell'ordine de'giudizj violato, e della tacita ipoteca del figlio su i beni del padre, che durante il matrimonio la legge non riconosce.

,, La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio; e facendo dritto alle conclusioni del pubb. minist.

,, Vista la decisione: visto il ricorso.

,, Vista la leg. 1. e 2.

,, Attesocchè sebbene l'ipoteca convenzionale, e come la legale sia trasmessibile agli eredi, e possa il Fisco non solo, ma il privato esercitare i suoi dritti contro il debitore del suo debitore; tuttavia per lo Fisco come per lo privato simile dritto non è che sussidiario. Quindi perchè possa valersene è d'uopo, che sia condannato, e discusso prima il debitore principale, o che i nomi sieno stati dati *in solutum. L. ult. cod.* 1, *L.* 20. *D. de pignorib. L.* 47. *de negat. gut.*

,, E poichè nella specie l'azione di D. Concetta Valerio per la restituzione delle sue doti fu diretta prima contro il suocero Vincenzo Spetrini, e sul prezzo di un fondo al medesimo pignorato; e poi supponendolo credito del fu di lui marito figlio di esso Vincenzo, chiese rappresentarlo in suo nome col favore dell'ipoteca legale accordata al minore. Or su cotesta idea, comunque non iscritto, il credito fu ammesso col luogo della data in preferenza di altri creditori prima iscritti; e senza sentir persona, che rappresentasse il defunto marito, se le attribuirono diritti supposti nel medesimo: per cui furono così violate le sopracitate leggi: e si deviò dalle regole concernenti il regime ipotecario. In fatti: visti gl'art. 389. e 390. cod. civ.

,, Attesocchè lo scopo del regime ipotecario (diretto a conciliare il credito più esteso colla maggiore sicurezza de' contraenti) non potendo ottenersi, che fissandole su cardini della specialità, e della pubblicità, perciò fu generalmente data l'obbligo della iscrizione a conservare i privilegj, e le ipoteche. La ipoteca tacita adunque non è, che una diminuzione del beneficio inerente alla regola. Quindi non può ammettersi, che pei casi, e ne' cancelli indicati dal legislatore. In conseguenza la ipoteca legale per le doti accordata su beni del marito, non può estendersi su beni del suocero comunque obbligato alla restituzione delle doti. Come il privilegio accordato al pupillo su beni del tutore, non opera su quelli dell' amministratore de' beni del medesimo. La legge, che ha protetti i beni pupillari, e le doti, non ha potuto portare il beneficio delle ipoteche tacite, e la dispensa della iscrizione anche ove è meno facile il supporle per scansarne gli effetti, a manca il modo di purgarle e render sicure le contrattazioni.

,, La corte suprema osserva, che secondo la passata legislazione la tutela era data a colui, che non *erat sub potestate*. E comunque sotto l'impero del cod. civile la tutela cominci dalla morte di uno de' genitori, non ostante, che il figlio sia *sub potestate*; è vero, che durante il matrimonio l'amministrazione data al padre, gli è deferita *jure patriae potestatis non jure tutelae*. Questa verità è manifesta sul confronto de'due citati art. 389 e 390; dappoicchè con questo secondo è dichiarato, che dopo la morte di uno de' genitori la tutela è deferita *ipso jure* al superstite; ond' è che fintanto che dura il matrimonio non vi è che amministrazione, e dacchè non vi è tutela non vi sono gli effetti della medesima. Perciò nella specie avendo la gran corte riconosciuto nel padre il carattere di tutore del figlio anche durante il matrimonio, e la ipoteca legale pei creditori del figli su beni del padre, e trasfusa quindi nella nuova l'azion di tutela per la riscossione delle di lei doti ricevutesi dal suocero, ha confusi i dritti della patria potestà cogli obblighi della tutela. Ed un privilegio, che dee restringersi, l'ave esteso contro la regole oltre i casi designati.

,, Per siffalti motivi la corte suprema annulla la impugnata decisione: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la

causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

,, §. 2. Può il padre destinare alla madre ,, sopravvivente e tutrice un contutore anche ,, estraneo. *Art.* 313. *Leg. civ.*

Questo contutore è risponsabile? Attingiamo le ragioni per l'affermativa dal responso di Trifonio.

,, Tres tutores pupillo dati sunt (*a testatore vel judice*) unus tutelam gessit, et solvendo non est: secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quaedam administravit; tertius nihil omnino gessit. Quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur? et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et insolidum univer.i tenentur. *L.* 56. *D. de administrat. et peric. tut. et curat.*

Daltronde dal nostro articolo è disposto che il padre può destinare alla madre un contutore, da cui dee prendersi il parere per tutti gli atti della tutela, or se questo parere fosse di natura da recar pregiudizio al minore, ed a dar luogo ai danni, ed interessi, risulterebbe la madre discaricata da ogni risponsabilità?

,, Io non lo credo, risponde Delvincourt; e'l mio sentimento in ciò è conforme a quello di Papiniano riferito da Ulpiano nella *L.* 5. §. 8. *D. de administ. et peric. tut.* Il contutore non può costringere la madre ad agire. Tutto ciò ch'ella fa, lo fa dunque volontariamente; quindi ne debb'essere risponsabile. Inutilmente ella direbbe di non aver sufficienti lumi, di essersene rimessa al contutore: (*usiamo il nome di contutore in vece di quello di consulente adoprato dal nostro autore, per avvalerci della di lui dottrina nell'analisi del nostro articolo*) apparteneva a lei non accettar la tutela; poichè impunemente poteva rifiutarla. Ma il contutore sarebbe egli risponsabile? La questione è più difficile. Forse si potrebbe distinguere: se il pregiudizio cagionato al minore risultasse da una cattiva operazione fatta dalla madre, si potrebbe dire che questa essendo sempre la padrona di agire o di non agire, si è al caso di applicar la *L.* 47. *D. de reg. jur. consilii non fraudolenti nulla est obligatio.* Ma se il pregiudizio risulta da una operazione che avrebbe dovuta esser fatta, e ch'è stata impedita dalla sola opposizione del contutore, io penso ch'ei potrebbe secondo le circostanze esser tenuto, ed anche solo, ai danni ed interessi del pupillo.

,, Una seconda questione più delicata ancora è quella di sapere se gli atti fatti con la tutrice non assistita dal contutore, nei casi nei quali tale assistenza era richiesta, possano esser validi. Per esempio, il padre fra le altre cose ha proibito alla madre tutrice di riscuotere verun capitale mobiliare senza l'assistenza del contutore: un debitore della successione, ignorando la clausola del testamento, paga alla madre sola: il denaro si trova dissipato. Il debitore sarà egli obbligato di pagare per la seconda volta? Io non lo penso: e mi poggio sull'articolo 1240 (1192) il quale dice, che il pagamento fatto di buone fede a colui che trovasi nel possesso del credito è valido, quando anche non ne fosse egli il proprietario. Or qui la madre con la sua qualità di tutrice ha per se il dritto apparente d'incassare le somme mobiliari appartenenti a' suoi figli. Nulla vi ha che dia della pubblicità di un contutore. Ma fa d'uopo che il debitore sia di buona fede; poichè se fosse provato ch'egli per la sola notorietà pubblica aveva, o che anche solamente doveva aver conoscenza della nomina del contutore, il pagamento sarà nullo, e dovrà essere rinnovato, salvo il ricorso del debitore contro della madre. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 3. *nota* 24. *al tit.* 10.

,, §. 3. La nomina del contutore non potrà esser fatta, se non in una delle seguenti maniere:

,, 1.° con un atto di ultima volontà:

,, 2.° con una dichiarazione fatta al giudice di circondario assistito dal suo cancelliere, o pure avanti notaj. *Art.* 314. ,, *Leg. civ.*

I modi indicati da questo articolo per la nomina del contutore si riducono a due. Il primo comprende ogni disposizione testamentaria che la esprima. Solo sarebbe a vedersi se questa nomina fatta con testamento trovato nullo per difetto di forme, possa esser valida. Parrebbe facile l'affermativa; giac-

che, dicono gli autori delle pandette francesi, l'atto non ha bisogno di essere rivestite delle forme di testamento per operare il suo effetto. *Osservaz. all' art. 392. del cod. civ.*

Ma convien distinguere; se il testamento è nullo per qualunque altra specie di forme, menocchè per quella nascente dalla mancanza della firma del testatore, la nomina del contutore è valida; la ragione si accresce dall' articolo 29 della legge de' 23 novembre 1819 sul notariato. Qui si dice: ,, L' atto, che nella presente legge è dichiarato nullo, ha nondimeno il valore di scrittura privata, qualora vi sia la sottoscrizione delle parti contraenti. ,, Se d' altronde la nullità cade su la firma mancante del testatore, risulta di dritto la nullità della nomina del contutore.

Di qual circondario debb' esser poi il giudice cui convien nominare il contutore? La legge nulla ne dice; quindi sarebbe a credersi competente qualunque giudice di circondario. Infatti il giudice, cui la nomina del contutore vien dichiarata, non è considerato altrimenti che un pubblico uficiale, il quale la riceve. Si cerca dunque l' autenticità della nomina, e non la competenza del funzionario innanzi a cui vien fatta.

Questo contutore è inoltre tenuto a dar conto. Vedi §. 69. *Decisione della corte suprema de' 26. gennaro 1826.*

,, §. 4. Se alla morte del marito la moglie trovasi incinta, verrà nominato un curatore al ventre dal consiglio di famiglia.

,, Alla nascita del figlio la madre ne diverrà tutrice: ed il curatore sarà *ipso jure* il tutore surrogato. *Art.* 315. *Leg. civ.*

Il dritto romano accordava al pretore la facoltà di dar curatore al ventre. Ulpiano.

,, Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet; cumque rem salvam fore, viri boni arbitratu satisdare proconsul jubet. Sed hoc si non ex inquisitione detur; nam si ex inquisitione cessat satisdatio. *L.* 8. *D. de curatoribus furios. etc.*

Casus. Titius decedens reliquit uxorem praegnantem, unde venter fuit missus in possessionem bonorum defuncti; et fuit datus a praetore curator bonis nomine dicti ventris, et sine inquisitione certe debet satisdare rem sal bona salva fore: si autem esset datus ex inquisitione non deberet satisdare. *Vivianus.*

Osserva il medesimo giureconsulto, che non basta dirsi incinta la donna: conviene che sia tale in effetti.

,, Praegnantem esse mulierem oportet omnimodo, nec dicere se praegnantem sufficit; quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnans fuerit, et mortis tempore, et eo quo mitti in possessionem petit. *L.* 1 §. 1. *D. de ventre in posses. mittendo etc.*

,, Il figlio concepito, dice inoltre Toullier, vien riputato nato in tutto ciò che concerne i suoi vantaggi; ma essendo incerto, se egli nascerà vivo, o vitale e per conseguenza se avrà dritto alla successione, la madre che non è ancora tutrice non può amministrare la successione. È dunque necessario, attendendo il risultato, di affidare ad un agente la conservazione de' beni, e de' dritti delle persone che possono avervi interesse. È questo agente, che ad esempio delle leggi romane, il codice nomina curatore al ventre, e non curatore al figlio che dovrà nascere; poichè egli non è incaricato d' invigilare soltanto per gl' interessi di questo figlio, ma eziandio per quelli delle persone che debbono raccogliere i beni in di lui mancanza. I dritti alla successione essendo incerti egli n' è costituito provvisoriamente custode, e conservatore.

» Egli è adunque il possessore de' beni: è sopra di lui che riposano, durante la breve durata della sua amministrazione, le azioni attive e passive della successione ne' casi di urgenza. I creditori che non sono obbligati di attendere l' avvenimento, o che hanno dritti a conservare, possono agire contro di lui; ed egli può pagare i debiti esigibili, e scaduti per evitare dispendj onerosi alla successione.

» Egli può riscuotere i capitali, esigere le rendite, esercitare tutte le azioni conservatrici, ed amministrare i beni della successione.

» Ma siccome la di lui gestione non dee durare che qualche mese, egli dee limitarsi agli atti necessarj. Rende conto alla madre divenuta tutrice per la nascita del figlio, di cui egli diviene di pieno dritto tutore surrogato; ed in caso che il figlio non nasce vitale, lo rende agli eredi, che succedono in di lui mancanza. Egli è egualmente incari-

cata d'impedire la supposizione di parto, senza esercitare però su la madre la sorveglianza inquisitoriale, che il dritto romano autorizza, e che i nostri costumi proscrivono. *Touillier Corso di dritto civile n.* 1100. *Tomo* 2.

» §. 5. La madre non è obbligata ad ac» cettar la tutela: nondimeno in caso che » non sia stato destinato un contutore, ed » essa la rifiuti, dovrà adempierne i doveri » sino a che abbia fatto nominare un tutore. *Art.* 310 *Leg. civ.*

Può la madre rinnociare la tutela dopo di averla accettata? Fabro sostiene l'affermativa.

» Mater quae filii impuberis tutelam sive a marito, sive a judice delatam agnovit, liberam abiiceodae ejus potestatem habet, nec aut causam aliquam probare cogitur, at ne allegare quidem, aut in integrum restitutionis auxilium implorare, si forte susceptae tutelae tempore minor fuerit annis viogintiquinque. Non quemadmodum invita tutrix fieri non potuit, ita nec tutelam retinere cogenda est. Neque hoc casu locum habet quod dici solet: ea quae ab initio sunt voluntatis, ex post facto esse necessitatis. Quod enim matri defertur tutela filii non tam jure fit, quam intuitu pietatis eum alioqui tutela utile sit officium, cujus incapax perinde mater est, atque alia mulier qualibet. Idem in avia juris est. Proinde nec est distinctioni locus, ao minor annis mulier esset cum tutelam susciperet, an major, cum sola ejus voluntas hac parte jus faciat. *Fabri Cod. Lib.* 5. *tit.* 21. *quemad. mul. tut. Def.* 1.

Gli autori delle pandette fraocesi osservano all'opposto, che espresso nell'articolo di essere la madre » obbligata ad amministrare sino a che abbia fatto nominare un'altro tutore, senza fissare alcun termine in cui dovrà far procedere a questa nomina, ne risulta altresì ch'ella è sempre in tempo per provocarla.

» Noi crediamo che faccia d'uopo di stare a quest'ultima conseguenza adottando il seotimento di Fabro. Infatti dacchè la madre istituita tutrice dalla legge, è obbligata di amministrare provvisoriamente, non si sorge più da qual atto si farebbe derivare la sua volontaria e definitiva accettazione. Giacchè la legge non le assegna alcun tempo in cui debba ella manifestare il suo rifiuto, si dovrà decidere ch'è sempre ammissibile a dichiararlo.

» Da questo articolo ne segue che il padre non può ricusare la tutela de' suoi figli impuberi senza scusa legittima. È questo il caso di applicare la massima *qui dicit de uno negat de altero.*

» Riguardo a' figli puberi, o almeno al di sopra di quindici anni, vi è un mezzo naturalissimo per isgravarsi dalla tutela facendola cessare colla emancipazione.

» Ma in questo caso perde la patria potestà, in vece che la conserva, quando su di una valida scusa si fa disimpegnare dalla tutela de' figli impuberi.

» Potrebb' egli, essendo i figli in età di essere emancipati proporre scuse di tutela in vece di accordare la emancipazione? Noi non troviamo alcuna difficoltà io rispondere affermativamente col principio che il padre non può essere costretto ad emancipare i suoi figli. *Osservazione all' art.* 396 *del cod. civ.*

,, §. 6. Se la madre tutrice vuole rimaritarsi, dovrà prima del matrimonio convocare ,, il consiglio di famiglia, il quale deciderà se la tutela debba esserle conservata.

,, In mancanza di questa coovocazione, ,, essa perderà *ipso jure* la tutela; ed il suo ,, nuovo marito sarà solidalmente responsabile ,, di tutte le conseguenze della tutela che essa ,, avrà indebitamente conservata *Art.* 317. ,, *Leg. civ.*

Gl' imperatori Teodosio, e Valente rescrissero del pari se la tutrice passa a seconde nozze senza prima dar conto della sua tutela, i beni del secondo marito si hanno per tacitamente obbligati nel caso di qualunque debito che sia a risultare a carico di lei.

» Si mater legitime liberorum tutela suscepta ad secundas cootra sacramentum praestitum aspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque (*scilicet liberis, alias eique scilicet tutori post ordinato*) quod debet ex ratione tutelae gestae persolverit; mariti quoque ejus praeteritae tutelae ratiociniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia. *L.* 6. *Cod. in quib. causis pignus, vel hypot. tac. contrah.*

Casus. Paterfamilias decessit relictis filiis impuberibus: uxor legitimam, tutelam filiorum nacta est, praestito juramento quod ad secundas nuptias non convolaret; si convolavit, et teneatur pupillis ex mala administratione, neque eis antequam convolaret ad secundum matrimonium, tutorem petüt, tacite erunt omnia bona mariti obligata pupillis ex administratione. ,,

Osserva Maleville, che ,, secondo le leggi 3. *Cod. ad S. C. Tertull.* 10. *de leg. haered.* e la *nov.* 122. *cap.* 40, la madre passata a seconde nozze era respinta dalla tutela de' figli del primo letto. E se ella aveva contratto un secondo matrimonio senz' aver prima fatto nominare un tutore e reso gli conto della sua amministrazione e residuo delle rendite, veniva ad essere privata della successione di que' figli, che potessero per avventura morire in età pupillare. Perdeva inoltre l'aumento di dote e tutte quelle largizioni che le fossero state fatte dal marito o a titolo di proprietà assoluta o a titolo di usufrutto.

,, Rigida era l'osservanza di queste leggi nella giurisdizione di Tolosa, come l'attesta *Dolive lib.* 3. *cap.* 31. *Catellan e Vedel lib.* 4. *cap.* 21. e 58. Ma non così negli altri paesi di dritto scritto, ove si condannava soltanto la madre che si era rimaritata al risarcimento de' danni ed interessi verso i figli del primo letto. L'articolo nostro vi ha più saggiamente provveduto.

,, Nel progetto del codice obbligavasi il padre di famiglia, che voleva di bel nuovo ammogliarsi, a convocare un consiglio di parenti, il quale doveva decidere, se gli si aveva a togliere, o no la tutela. Non facendo egli questa convocazione, era spogliato dell' usufrutto de' beni de' suoi figli. E se la madre era quella che commetteva una tale mancanza, le si toglieva irremissibilmente la tutela.

,, Nel progetto della sezione di legislazione il padre, ch' aveva le seconde nozze celebrato, conservava la tutela ancora, ma la madre perdevala *ipso jure*.

,, Si è riputata umiliante cosa per un padre l'astringerlo a convocare un consiglio di famiglia, da cui dovesse poi dipendere l'approvazione del suo nuovo matrimonio. In conseguenza si è preso il partito di non farne motto nell' articolo, lasciando l'arbitrio di giudicare del di lui procedere con que' principj generali, che privano un padre della tutela de' figli per motivo di non saggia direzione o di cattiva amministrazione.

,, Quanto alla madre si è detto, che il suo novello matrimonio non era un motivo per escluderla assolutamente dalla tutela; che bastava privarla del godimento de' beni de' suoi figli; che con un freno tale si arresterebbe la foga delle seconde nozze nelle madri di figli ricchi, e che sovente era anzi utile, che le vedove degli artigiani, e de' lavoratori riacquistassero un nuovo marito per procacciare un sostegno alla loro prole.

,, Osserverò su questo proposito che ne' paesi di dritto scritto, accadeva sovente, che si lasciasse la tutela alla donna rimaritata, quando i figli del primo letto vi trovavano il loro conto. *Maleville, Osservaz. all' art.* 395. *del cod. civ.*

Inoltre i membri di questo consiglio i quali non sono di avviso di conservare la tutela alla madre sono essi obbligati di assegnarne i motivi a norma dell' articolo 370?

,, Delvincourt dice che fu deciso negativamente in cassazione il 17 novembre 1813 e con ragione. Propriamente parlando, quella non è una distinzione ma realmente una nuova nomina; poichè è il secondo marito che di fatto sarà tutore. Ora i membri del consiglio non sono punto obbligati ad assegnare le ragioni per le quali essi nominano la tale persona. D'altronde nel caso di destituzione, siccome essa non può aver luogo che dietro motivi determinati bisogna ben conoscere quali sieno quelli che han determinato il consiglio, acciò il tutore possa provarne la falsità, se vi ha luogo. Or qui la legge non accorda nè alla madre nè al secondo marito il dritto di reclamare contro la decisione la quale nominasse un altro tutore. *Delvincourt. Corso di codice civile nota 27 al tit.* 10. *Tomo* 3.

Nella corte di appello di Monpellier con decisione de' 9 pratile anno 13 consagrò la giurisprudenza, non essere delle attribuzioni del tribunale civile il designare al consiglio la elezione del secondo marito per contutore della donna rimaritata.

,, *Fatto*. La signora Pratx, vedova Dardé, volendo passare a seconde nozze, convoca un'assemblea di famiglia, per provvedere alla tutela de' suoi figli minori.

,, Essa istruisce tre soli de' parenti convocati del suo progetto di matrimonio.

,, Dalla deliberazione del 22 pratile, anno 11, la madre è nominata tutrice, e Pietro Amouroux, surrogato tutore.

,, Dopo il matrimonio della tutrice, viene promulgato il codice.

,, Il signor G. Pratx, prete, zio de' figli, raduna una seconda assemblea, per esaminare se il secondo marito sarà contutore, o se bisogna nominare un altro tutore.

,, Detta assemblea destituisce la madre dalla tutela, e nomina per tutore Pratx, zio, e per tutore surrogato Dardé parente de' minori.

,, La signora Pratx attacca tal nomina, e si oppone alla omologazione del processo verbale.

,, Sentenza del 6 nevoso, anno 12, con la quale il tribunale di Castelnaudari ordina, prima di far ragione, una terza assemblea di parenti, la quale *eleggerà il secondo marito* per contutore della madre.

,, Quantunque questa sentenza non fosse che preparatoria G. Pratx e Dardé ne interpongono appellazione.

,, L'avvocato Buges, a loro favore, esponeva i motivi consacrati dalla sentenza che segue.

,, L'avvocato Sautine opponeva primieramente un motivo d'inammissibilità, dedotto da ciò, che non si può appellare da una sentenza preparatoria, prima che il tribunale civile abbia pronunciata la sentenza definitiva. Citava una moltitudine di decisioni della corte di cassazione, le quali l'hanno definita egualmente a' termini della legge del 1790.

,, In merito sosteneva, che la signora Pratx era *ipso jure* tutrice dei suoi figli minori. Che se, all'epoca del suo secondo matrimonio, era tenuta a provocare un consiglio di parenti, ad oggetto di decidere se dovesse essere conservata tutrice, essa ha subita una simile prova, ed è stata conservata nella sua qualità.

» Irrevocabilmente nominata avanti il codice, quantunque fosse passata a seconde nozze, ella doveva conservare la tutela, poichè l'art. 395 (117) **posteriormente** promulgato, non le era applicabile.

,, D'altronde la seconda assemblea essendo convocata ad istanza del signor Pratx, è *irregolare*; a' termini dell'art. 446 del codice. (368).

,, Se il tribunale avesse creduto di dover formare una terza assemblea, non si può rimproverargli di avere indicata la madre e suo marito per contutori. Questa indicazione sarebbe tutto al più un *errore* e non una violazione manifesta, la quale dovesse trascinare la nullità della sentenza.

Rispetto al motivo d' ***inammissibilità.***

,, Considerando, che è verissimo in massima, che l'appellazione da una sentenza preparatoria non è ammissibile, ma che quella da cui si è appellato, sotto alcuni rapporti dev' essere considerata come ***definitiva***, poichè ordina che l'assemblea ***costituirà il signor Graves contutore a sua moglie***; con che essa decide virtualmente, che la tutela deve essere conservata alla medesima; e che il tribunale *a quo* si è legato per modo a non poter retrocedere dalle sue misure, se il signor Graves accetta il carico che gli deve essere deferito in virtù di detta sentenza, ciò che rende ammissibile l'appellazione.

,, Considerando, che tre de' parenti i quali hanno assistito alla deliberazione del 22 piovoso, anno 13, dalla quale è stata deferita la tutela alla signora Graves, si considerano avere ignorato il progetto del suo secondo matrimonio, poichè la cedola nella quale è stato enunciato questo progetto, non le era stata intimata, e non se n'è fatta menzione nel processo verbale, ciò che rende ***inefficace*** la nomina.

,, Considerando, che il signor Amouroux, il quale dalla stessa deliberazione era stato nominato tutore surrogato de' minori, si trova della stessa linea che la tutrice, lo che è proibito espressamente dall'art. 423 del codice. (345)

,, Considerando, che le assemblea di famiglia del 20 termidoro, anno 11, è stata convocata ad istanza e sollicitazione del signor Giovanni Pratx, mentrecchè trattandosi della destituzione di un tutore diggià nominato, non poteva la medesima essere convocata che

ad istanza del surrogato tutore, ovvero d'ufizio dal giudice di pace, secondo l'art. 446 (369) del citato codice.

,, Considerando, che, prescrivendo all'assemblea, della quale essa ha ordinata la convocazione, d'iostituire il signor Graves per contutore della signora Pratx, il tribunale *a quo* ha impedita la libertà del suo voto, e commesso un eccesso di potere.

,, Considerando, che non è possibile di pronunciare sopra la contestazione delle parti, fino a che un consiglio di famiglia, *legalmente* convocato e composto, abbia deliberato a chi debba essere deferita la tutela.

,, Prima di far ragione, ordina che sia convocato, nelle forme di ragione, un consiglio di famiglia, ad effetto di procedere alla nomina di un tutore, alla qual tutela potrà non ostante essere chiamata la madre, se la confidenza si spiega a suo favore.

,, §. 7. Quando il consiglio di famiglia ,, legalmente convocato conserverà la tutela ,, della madre, e non vi sia un contutore de- ,, stinato dal padre le darà necessariamente ,, per contutore il secondo marito il quale ,, diverrà solidalmente risponsabile, unita- ,, mente alla moglie, dell'amministrazione ,, posteriore al matrimonio. *Art.* 318. *Leg. civ.*

Osserva Delvincourt, che nella presente ipotesi ,, il secondo marito non è tutore, ma contutore. Intanto egli sarà sovente colui il quale amministrerà di fatto la tutela. Ma si è voluto far con ciò comprendere prima di tutto, che gli atti della tutela debbono esser fatti dai due conjugi unitamente; e dippiù che il marito non può essere tutore se non sino a quando la madre sarà tutrice: talchè se venga a cessar questa di esser tale per morte, destituzione ec. egualmente egli cesserà di pieno dritto d'esser tutore:

» Che sarà a dirsi se il marito amministrò male la tutela ed incorra nella destituzione? La madre dee egualmente cessare di essere tutrice, salvo se vi ha luogo, a conferirle di nuovo la tutela dopo lo scioglimento del matrimonio, se è provato di non aver ella in cosa alcuna partecipato alle malversazioni di suo marito. Fu deciso in questo senso in Brusselles il dì 18. luglio 1810. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 31. *al tit.* 10. *Tomo* 3.

Della tutela conferita dal padre e dalla madre.

» §. 8. Il diritto personale di assegnare » un tutore parente o anche estraneo non » appartiene se non a quello de' genitori, » il quale morrà l'ultimo. Nondimeno nel » caso che si trovi un contutore destinato dal » padre nè termini dell'articolo 313. la ma- » dre non potrà usare di questo dritto che » pei soli beni di lei. *Art.* 319 *Leg. civ.*

Per dritto romano il tutore destinato dalla madre doveva confermarsi dal magistrato. Così Nerazio.

» Mulier liberis non recte testamento tutorum dat; sed si dederit, decreto praetoris, vel proconsolis ex inquisitione confirmabitur, nec satisdabit pupillo rem salvam fore. Sed et si curator a matre testamento datus sit filiis, ejus decreto confirmatur ex inquisitione. *L.* 2. *D. de confirmando tut. vel curat.*

Casus. Sive tutorem, sive curatorem det mater filiis, non valet datio; sed tamen debet confirmari per judicem ex inquisitione. Si autem pater det filio tutorem inutiliter, confirmatur, sine inquisitione; et quia fuit datus a patre non satisdat. *Vivianus.*

La medesima conferma dee ottenersi sotto l'impero della legislazione novella? Si trae argomento per la negativa dall'articolo 342. Ivi si dispone che *in ogni tutela vi sarà un tutore surrogato, che si nomina dal consiglio di famiglia.* Con queste disposizioni ha voluto adunque il legislatore garantire gl' interessi de' minori destinando un *contutore* che agisca, quando il tutore fa conoscere non regolarmente procedere nella sua amministrazione.

D'altronde Maleville nell' analisi di eguale articolo discute diverse questioni.

» 1. La madre spogliata della tutela conserverà ella il dritto di nominare un tutore?

» 2. La madre che si è rimaritata avrà ella questo dritto?

» Ed avendolo, potrà ella scegliere a tutore il nuovo marito?

» Riguardo alla prima fu incontanente deciso, che una madre non potea conferire ad alcuna persona la tutela se non quando si trovasse ella medesima rivestita del carattere di tutrice. Donde ne segue certamente, che rifiutando una madre di assumere la tutela de' suoi figli, come l' articolo 394 (316) glielo concede, non può essa nominare altro tutore. Scorgesi nulladimeno nel seguente articolo 399 (321.) che la facoltà di nominare un tutore è tolta soltanto alla madre ch' è passata a seconde nozze, e che fu privata in conseguenza della tutela. Or questo caso è ben diverso da quello, in cui una madre per diffidenza lodevole delle proprie forze ricusa di essere tutrice. Io credo, che si debba preferire la illazione che si può trarre implicitamente dall' art. 399. a quella che ne viene dallo scioglimento della prima questione.

» Incontrò la seconda questione maggiori difficoltà; poichè non si potea recare in dubbio che le seconde nozze non facessero giustamente supporre una mancanza di affetto materno verso i figli del primiero matrimonio.

» Vi erano alcuni membri del consiglio che opinavano non doversi in generale tener per valida veruna scelta di tutore fatta da una madre, se non venisse in appresso confermata dalla famiglia secondo le leggi romane. Ma si convenne di esigere soltanto questa conferma da quella madre che avesse contratte seconde nozze.

» Venendo alla terza questione si disse che niuna forte ragione vi era per proibire, alla madre rimaritata di nominare tutore de' figli del primo letto il secondo marito. Se le successive nozze erano state approvate dal consiglio di famiglia, ch' ella prima di celebrarle era stata tenuta di convocare, se questo consiglio di famiglia, malgrado il nuovo matrimonio, aveva assentito, che la madre continuasse ad essere tutrice, se finalmente la scelta di tutore da lei fatta nel secondo marito dovea soggiacere all' esame del consiglio medesimo, perchè togliere a questa madre l' esercizio di un dritto, da cui niun cattivo effetto potea derivare? *Malcville. Osservaz. all' art. 397. del cod. civ.*

Il padre o la madre potrebbero nominare più tutori? Pare, risponde Delvincourt, che lo spirito generale del codice s' a di non nominarsene che uno, salvo il caso previsto dall' articolo 417 (338). Io nulladimeno opino, che l' ultimo che muore potrebbe senza pregiudicare alla tutela legittima o dativa che potrebbe aver luogo, prescrivere le misure credute convenevoli per la educazione de' suoi figli; e designare anche le persone alle quali dovrebb' esser confidata questa educazione.

„ Si è parimenti deciso in Roano il 5 maggio 1814 ed in cassazione agli 8 agosto 1815 che quantunque non vi fosse alcun soggetto di lagnanza contra il tutore il quale nella specie era un parente collaterale, pure il consiglio di famiglia poteva esser consultato sulla quistione, se una minore doveva o no esser confidata all' avola propria. (Sirey 1815 prima parte pag. 321.) Ed io riguardo questa decisione come al sommo giusta, soprattutto allorchè si tratta della educazione di una fanciulla. La tutela è interamente nell' interesse del pupillo: tutto deve per conseguenza cedere a questo interesse.

„ Un individuo potrebb' egli, facendo una disposizione in favore di un minore apporvi la condizione che i beni ch' ei dona saranno amministrati dalla tale persona diversa dal tutore? Io credo di sì. Niente in ciò io veggo che sia contrario ai buoni costumi. D' altronde non sarebbe questi per ciò un tutore, poichè non avrebbe alcun dritto relativamente alla persona, e che il disponente non l' avesse incaricato dell' impiego delle rendite: ciò che potrebbe anche aver luogo, egli sarebbe tenuto a rimettere al tutore del donatario.

„ Il conjuge di cui l' altro è interdetto, può nominare morendo un tutore ai suoi figli? Io non vi veggo difficoltà. Questo dritto accordato al padre ed alla madre è interamente nell' interesse de' minori: *nullus est affectus qui vincat paternum*; ma se la interdizione viene ad esser tolta, e che il conjuge vedovo reclami la tutela, essa gli dovrà essere restituita. Questa decisione non reca pregiudizio alcuno agl' interessi dell' interdetto, e sufficientemente provvede a quelli de' figli.

„ Si è chiesto se in virtù di questi articoli, un padre nella impossibilità di continuare

la gestione della tutela de' suoi figli, potrebbe, vivente ancora, nominar loro un tutore? Io penso che no. L'articolo non accorda questo dritto che all'ultimo de' genitori il quale viene a morire. D'altronde è ben più semplice che il padre in questo caso conservi la tutela, e dia la sua procura a colui che avrebbe nominato tutore. Questa misura porterebbe anche il vantaggio, che per poco ch'ei si accorgesse di una piccola negligenza, egli potrà rivocar la procura ancora più facilmente che non potrebbe far togliere la tutela. *Delvincourt. Corso di codice civile vol. 3. nota 41. al tit. 10.*

D'altronde, fa osservare Toullier che ,, il codice accorda al superstite de' genitori il dritto di destinare ai suoi figli un tutore parente, ed anche estraneo alla famiglia: articolo 397 (319). Si è dato a questa tutela il nome di tutela testamentaria, che non sembra convenirle, e che il codice ha evitato di dare, comecchè questa denominazione fosse stata più concisa.

,, In effetti questa tutela può essere conferita in tre maniere 1.° Per testamento; 2.° Per atto fatto innanzi al giudice di pace assistito dal suo cancelliere, 3.° Per atto avanti notaro nelle forme ordinarie.

,, La denominazione di testamentaria non può dunque convenire che impropriamente a questa tutela; nè questa è una semplice quistione di parole. Si tratta di sapere, se il superstite de' genitori, che può nominare un tutore il quale lo rimpiazzi dopo la sua morte nella tutela de' figli, possa egualmente nominarlo per fare le sue veci, mentre vive, nel caso che abbia un motivo legittimo di scusa per lasciare la tutela.

,, Non si vede per verità alcuna disposizione che lo proibisca.

,, La facoltà accordata dall'articolo 397 (319) non è limitata al caso di morte del genitore superstite; e non vi è una ragione per negargli il dritto di farsi rimpiazzare da un tutore di sua scelta nel caso di scusa legittima, più che in caso di morte. Maleville in fatti pensa, che si debba accordare alla madre, che trova l'amministrazione della tutela superiore alle sue forze, il dritto di destinare un tutore ai suoi figli; poichè una tale scelta non è interdetta dall'articolo 399 (321) che alla madre rimaritata non conservata nella tutela.

,, Questa opinione ci sembra ragionevole, e conforme allo spirito del codice. Come, per esempio, ricusare ad un padre chiamato ad un pubblico impiego incompatibile colle funzioni di tutore, il dritto di darsi nella tutela de' suoi figli un successore, su di cui potrà invigilare, per accordare poi questo dritto ad un padre debole, e spirante, la di cui scelta può essere fatta per sorpresa?

,, Ciò nondimeno l'articolo 397 (319) dice che questo dritto non appartiene, che a quello de' genitori che morrà l'ultimo; e queste espressioni che si possono riguardare come un sinonimo di superstite, formano una difficoltà che arresta anche i più dotti. Sicchè la quistione può essere considerata come dubbiosa.

,, Bisogna osservare che il genitore superstite può dare ai suoi figli un tutore, sotto condizione, o fino ad un certo tempo; in guisa che la tutela finisca collo spirare del tempo determinato, o quando si è avverata la condizione. Per esempio, io voglio, che Tizio sia tutore de' miei figli durante sei anni, o fino al ritorno di Mevio attualmente nelle Colonie; o in caso di ritorno di Mevio io voglio, che egli sia tutore. Al contrario il consiglio di famiglia non può nominare un tutore a tempo, nè sotto condizione. *Toullier, Corso di dritto civile tom. 2. n. 1101. e 1105.*

Nel tribunale civile di Parigi si esaminò il caso se il padre e la madre possono dividere la tutela nominando un tutore alla persona, ed un tutore ai beni. Fu affermativamente deciso a 24 piovoso anno 12.

Fatto. A' 21. germile anno 11. segue testamento pubblico di Lair Duvancelle.

» Di lui unica erede è Maria-Angelica, sua figlia minore.

» Le assegna per tutore alla *persona* Mr. Boyard, capo aggiunto al ministero del gran giudice: e per tutore *a' beni* Mr. Barbier.

» Ambi i tutori vengono contemporaneamente nominati *esecutori testamentarj.*

» Questo testamento contiene diversi legati ad alcuni parenti, ed una donazione a favore di M. Barbier.

» A' 25. germile, dichiarazione confermativa davanti notajo della nomina de' tutori, e della donazione fatta a M. Barbier.

» Posteriormente alla legge del 13 fiorile, il testamento e la donazione vengono registrati.

» In pratile, anno 11, muore Lair Duvancelle.

» I tutori testamentarj accettano le loro funzioni, fanno procedere all' inventario degli effetti mobiliari, e convocano in conseguenza un consiglio di famiglia per eleggere un surrogato tutore.

» Mediante processo verbale del 15. messidoro, anno 11, M. Dupucé, avo materno della minore, è chiamato a questa funzione.

» In vece di eseguirla, egli impugna le disposizioni testamentarie di Lair Duvancelle, sostenendo che la nomina de' tutori e le donazioni fatte a' medesimi, non che ad altri individui, sono radicalmente nulle.

» Ecco l' analisi delle ragioni addotte in prova dalle parti rispettive.

» Questione prima. - È incontrastabile, dicea Dupucé, che il testamento di Lair Duvancelle è nullo, come non rivestito delle formalità prescritte dalla legge del 15 fiorile, anno 11?

» Basta che sia stato obbligatorio al momento della morte del testatore, perchè egli abbia dovuto conformarvisi. Duvancelle è morto nel mese di pratile anno 11: dunque egli poteva convincersi che il suo testamento non era più valido; e se non l' ha rinovato, conviene decidere ch' egli abbia voluto morire *ab intestato*.

» *Risp.* - Ella è una verità cui non si può ragionevolmente resistere, che un atto, *quanto alla sua forma*, è valido o nullo dal momento che fu fatto. Alloraquando le parti hanno seguite le leggi e le consuetudini vigenti al tempo della sua formazione, l' atto è regolare, e la sua validità non può nè dee dipendere da una legge posteriore. Questo principio inconcusso, perchè appoggiato alla sana ragione, fu solennemente riconosciuto dalla corte di appello di Brusselles.

» II. - Nulla prova che il testamento presentato sia anteriore alla legge di fiorile. Se il notajo gli diede la data del 21 germinale, egli non lo fè registrare che dopo la pubblicazione della nuova legge concernente i *testamenti*; e quando trattasi di conoscere la vera data di un atto, la giustizia fissa sempre i suoi sguardi su quella che trovasi nel registro. Quando venne registrato l' atto del dì 21, la parte del Codice che determina la forma de' testamenti era in pieno vigore: Duvancelle era dunque tenuto di conformarsi alle sue disposizioni.

» *Risp.* - È ben ridicolo di accordare al ricevitore della registratura la preferenza sopra il notajo per certificare la data di un atto. Ognuno di questi pubblici funzionarj è degno egualmente di fede fintantochè si ristringe entro la sfera dele sue attribuzioni. Tale è la volontà espressa dell' art. 13 della legge del 25 ventoso, anno 11, che prescrive a' notai di por le date non in numeri arabici, ma in lettere chiare e alfabetiche, come pure dell' art. 19, che dichiara che tutti gli atti notariali *faranno fede in giudizio*.

» Così dileguasi l' obbiezione riguardo a' testamenti solenni. Essa sarebbe giusta solamente nel caso in cui la data di un testamento olografo venisse in concorso con quella del registro.

III. - Quando anche si ammettesse per un istante, che il testamento fosse valido, *quanto alla forma*, non sarebbe meno però necessario di dichiarar nulle e come non avvenute le disposizioni relative alla tutela. Che significa quella clausola per cui si delega un tutore alla persona ed un altro alle sostanze? Qual legge autorizza una simile divisione?

» Un tutore è il protettore legale, il secondo padre di un orfano; la funzione che esercita non può dividersi più di quel che si possa la paternità di cui ella è la immagine: deesi quindi estendere necessariamente sulla persona e su i beni del pupillo.

» Se fosse permesso di dividere così la tutela, qual pregiudizio non ne verrebbe a soffrir il minore? Si darebbe ben tosto un tutore alla *istruzione*, un altro al mantenimento, uno a' *mobili*, un altro agl' *immobili*. Cotesta multiplicità di tutori renderebbe ineseguibile il rispettivo lor rendiconto, ed il minore sarebbe meno protetto e difeso,

per ciò appunto che il di lui padre avrebbe voluto dargli un maggior numero di protettori.

» Ma supponiamo che esista una tal facoltà, e che un uso più o meno costante ne autorizzi l' esercizio, le due tutele testamentarie sarebbero sempre nulle per causa delle condizioni e delle annesse liberalità.

» Da una parte, M. Broyard tutore alla persona fu esonerato dal padre dall' obbligo di *render conto* . . . .

» Egli potrà dunque disporre a talento della fortuna della pupilla a lui confidata . . . . Invano ella vorrà tradurre innanzi a' tribunali il dispotico suo spogliatore: il di lei padre ne le interclusè l' accesso, vietandole anticipatamante ogni sorta di reclamo . . . ma ciò non è possibile.

» L' art. 469. (392) vuole che i tutori rendano conto: nè ammette veruna eccezione, neppure in favore del padre.

» In tal modo le leggi e la giustizia proscrivono una simile disposizione, la quale non è a loro sguardi altra cosa che una donazion mascherata, essenzialmente nulla per ciò solo ch' è illimitata.

» Da un' altra parte la tutela deferita a M. Barbier per l' amministrazione de' beni, non è più regolare: la donazione fattagli dipende talmente dalla tutela, e questa dalla donazione, che se l' una è nulla, l' altra non può sussistere: e come non si può muover dubbio sulla nullità di una donazione fatta ad un tutore *incapace* di ricevere, ne risulta che le due disposizioni in questione promiscuamente distruggonsi per essere l' una all' altra subordinate. È una conseguenza inevitabile del principio.

» Finalmente confrontando l'art. 1301 (1255) del codice, che prescrive i doveri ed i diritti dell' esecutore testamentario colla sezione 8, tit. 10, del lib. 1, è forza di convenire che cotesta funzione è incompatibile con quella del tutore. Il paragrafo ultimo dell' art. 103 (108) vuole, che dopo un anno gli esecutori testamentarj rendano conto della loro gestione. Nel caso attuale come seguire una simile disposizione se il mandante ed il mandatario fossero la stessa persona?

» Sotto questo triplice rapporto le tutele deferite a MM. Broyard e Barbier sono nulle. Qui è applicabile l' art. 402 (323) che rimette la tutela nelle mani deg'i ascendenti, allorchè il padre o la madre non abbia su ciò validamente disposto.

» Dacchè la nullità delle tutele è incontestabile, è impossibile di non annullare per conseguenza la nomina di surrogato tutore, e di non conferir la tutela a quegli cui la legge l' attribuisce.

» Egli è stato eletto da un consiglio di famiglia composto di legatarj del defunto; e questi agendo alla presenza de' tutori, non ardiranno alzar la voce, giacchè incontanente furono obbligati di rivolgersi ad essi per ottenere il rilascio dai loro legati. Il loro interesse li costringeva al silenzio, e gl' impediva di protestare contro la nomina illegale de' tutori. Riguardando come valida la tutela, non potevano fissare la loro scelta per le funzioni di surrogato tutore, su quelli che a' loro sguardi erano già tutori, e per la stessa ragione che furono costretti a prender l' uno, e che non hanno potuto sceglierne un altro, non può ulteriormente sussister la nomina.

» *Risp.* - MM. Broyard e Barbier combattevano ognuna di queste proposizioni nel modo seguente. Prima di tutto una eccezione d' inammissibilità si promuove contra Dupucé. Rilegga, dicevasi, le lettere indirizzategli dopo la morte di Duvancelle per istruirlo sulle tutele, e per impegnarlo ad assistere al consiglio di famiglia; le confronti con quelle da lui scritte in risposta, e ritroverà l'adesione formale a tutti gli atti che oggidì impugna e contesta. Egli annuncia di trasferirsi a Parigi onde concorrere alla nomina del surrogato tutore; o che in caso diverso spedirà la sua carta di procura affine di esservi rappresentato. Non fa alcun reclamo, non muove veruna querela contro le tutele deferite da Duvancelle; e delle quali viene accuratamente informato: queste sono altrettante adesioni che *rendono oggidì inammissibili le sue intempestive lagnanze*. La qualità di surrogato tutore gli è stata d' altronte conferita secondo la volontà del defunto Non prendasi dunque la cura di distruggerla in ogni sua parte; sapp'asi contenere nel posto assegnatogli, e da cui non può uscire.

Sul merito.

1. Nessuna legge proibisce di nominare un tutore per la persona ed un altro pe' beni: che anzi il nuovo codice par che autorizzi sì fatta divisione; poichè rende il tutore libero di farsi assistere nella sua azienda da uno o più amministratori particolari e gerenti sotto la sua responsabilità, art. 454, §. 1. (377). Ma supponendolo muto sopra un tal punto, bisogna ricorrere alla giurisprudenza, e consultare le antiche leggi.

» Il diritto romano permetteva di dividere la tutela, e riconosceva diverse specie di tutori: [*sunt quidam tutores qui honorarii appellantur, sunt qui rei notitiae gratia dantur, sunt qui ad hoc dantur ut gerant. L.* 14, §. 1, *ff. de solutionib.* - I tutori avevano pure il diritto di dividersi tra loro la tutela, qualora la divisione non fosse stata fatta precedentemente. *Leg.* 2; *cod.* §. 1, *de divid. tutel.*

» Queste massime furono costantemente osservate tra noi; le dichiarazioni di dicembre 1721 e di febbrajo 1743 contengono a questo proposito le disposizioni più espresse.

2. È facile altresì il giustificare la disposizione del testamento che esime Broyard dall' obbligo di render conto. La sua probità universalmente riconosciuta dee assicurar la pupilla e porla al coperto da ogni inquietudine: ella spiega ampiamente la clausola che lo dispensa dal render conto. D' altronde siccome il solo M. Barbier doveva amministrare i beni, ed avere la custodia di tutte le rendite, era ben naturale di non lasciare che a lui solo la cura di renderne il conto alla minore.

» Del resto tuttochè quella clausola dovesse dichiararsi nulla, la di lei nullità non potrebbesi estendere fino alla nomina de' tutori, e meno ancora al testamento.

»». In qualunque disposizione tra vivi o di ultima volontà, dice l'articolo 900. (186) del codice, si avranno per non iscritte le condizioni impossibili, o contrarie alle leggi ed a' buoni costumi. „

» Se dunque la clausola di cui trattasi è riputata come non scritta, è come appunto se non esistesse. In questo caso, il testamento e la nomina riceverebbero la loro esecuzione, e M. Broyard sarebbe tenuto a render conto. Tale è la ipotesi la più sfavorevole in cui si potesse porlo.

» La disposizione fatta a favor di Barbier può essere assai meno critica. Fissare le spese di amministrazione della tutela, regolarne il montante, autorizzare il tutore ad esigerlo, è meno fargli una donazione che pagargli *anticipatamente* i suoi onorarj. Lungi dall' opporsi alle massime, sì fatta misura è al contrario espressamente permessa dall' art. 454. (377) del codice.

» Ancorchè una tale disposizione riguardar si potesse come una mera *liberalità*, tuttavia non dovrebbe ottener meno l' intero suo effetto. La pretesa incapacità del tutore di ricevere dal padre della sua pupilla non si trova in verun luogo: l' art. 907 (823) non gli vieta al contrario di ricevere se non che dal solo minore avanti il rendimento e la liquidazione de' conti. E come non vi possono essere altri incapaci che quelli che la legge dichiara tali, ne risulta che sì fatta proibizion *personale* al tutore ed al minore, non può stendersi fino al padre, il quale non è più incapace di donare di quel che sia il tutor di ricevere, dopo aver reso i suoi conti.

3. Le funzioni di esecutore testamentario, soggiugnevano Broyard e Bardier, non sono incompatibili con quelle di tutore; esse hanno al contrario la più grande analogia; avvegnachè il tutore del pari che l' esecutore testamentario sieno tenuti a far levare i sigilli, entrambi debbano egualmente sorvegliare alla vendita del mobiliare, rendere i rispettivi lor conti, e mediante quest' ultima operazione quando il tutore è nel medesimo tempo esecutore testamentario, entra nella disposizione dell' art. 320. (252) del codice, ed agisce assistito dal surrogato tutore.

» 4. Duvancelle era da alcuni anni caduto in una tal debolezza, o a meglio dire in uno stato tale di demenza, che lo rendeva inabile a prendere alcuna sorta d' impegni. Questo punto di fatto è sì manifesto e costante, che ne' suoi lucidi intervalli aveva da se medesimo conosciuta la sua inabilità, costituendosi volontariamente sotto la curatela di sua moglie, a cui pur soggiaceva fino da' 21. fruttidoro, anno 9, epoca della di

lei morte. Questo stato d'imbecillità si accrebbe notabilmente da allora, a segno tale ch'egli divenne il trastullo de' fanciulli, facendoseli correre appresso, cosicchè il *Maire* si disponeva farlo arrestare nel tempo appunto che faceva il suo testamento.

» Da questa circostanza di fatto provata e notoria, risulta che il testamento è nullo sia in faccia alle antiche leggi, sia rimpetto all' art. 901. (817) del codice, che esigono come condizione essenziale e necessaria che il testatore sia sano di mente.

» Lo stesso testamento contiene le prove più manifeste e incontestabili della di lui demenza. Assegnare due tutori a sua figlia, nominarli nel medesimo tempo esecutori testamentarj, sciogliere l'uno dall'obbligo di render conto, ricolmar l'altro delle sue donazioni, non sono forse queste altrettante nullità, e vizj cha caratterizzano la più decisa demenza?

» *Risp*. - La capacità di un uomo non può più cader sotto esame, allorchè la tomba lo chiude. Non è permesso allora di offuscare la sua memoria con indiscrete ricerche sulle sue qualità personali. Dacchè morte lo colse, ei si è sottratto alla giustizia degli uomini; questi non possono più richiamarlo dalla sua tomba, trarlo al loro tribunale, ed interpellarlo a difendersi contro coloro che avidi d'impadronirsi delle sue spoglie, non si fanno riguardo di attaccare la sua persona, e d'insultare impunemente il muto suo cenere.

» Tale è pure lo spirito dell' art. 304. Esso proscrive con religioso impegno qualunque inquisizione sullo stato di un defunto; non è permesso di attaccare i suoi atti, a meno che la sua interdizione non fosse stata pronunciata prima della sua morte, ovvero che dall' atto stesso non emerga la sua demenza.

» Qui certamente non avvi interdizione pronunziata; anzi neppur provocata. Il testamento porta l'impronto della saviezza e d'un criterio discernitore. Non vi è alcuna disposizione che non respiri la sollecitudine paterna; tutto vi è regolato con quella medesima cura ed intelligenza che avrebbe potuto apportarvi l'uomo il più esperto e più abile.

V. - Con una tale incapacità nella direzion degli affari, proseguiva il surrogato tutore, con una tale imbecillità di mente, come mai Duvancelle avrebb' egli potuto resistere a' consigli, alle insinuazioni degli uomini astuti ed interessati che lo circondavano? È facile l'accorgersi ch'essi furono quelli che dettarono le disposizioni insidiose, alle quali dan nome di testamento pubblico; ch'essi soli imaginarono di accumulare in loro favore delle funzioni incompatibili, e delle donazioni dirette ed indirette che offendono le leggi, ripugnano alla giustizia, e recano un sì gran danno alla pupilla.

» *Risp*. - Allegare de' fatti, replicavano i tutori, non è un provarli. Se bastasse di accumulare menzogne ed ingiurie, di asserire che vi è suggestione, e capziosità, per distruggere le disposizioni di ultima volontà, non ve ne sarebbe alcuna che sfuggisse alla cupidigia ed all' ambizione di quelli, cui la detta volontà fosse contraria: i testamenti anco più regolari sarebbero annullati appena prodotti.

» Che sarebbe allora delle leggi romane, le quali raccomandano con tanta premura di eseguire gli estremi voleri di uno che muore? Che sarebbe del nostro nuovo Codice, che estendendo anche più questa idea, vuole (art. 967) (892) che l'ultima volontà dell'uomo venga osservata sotto quel titolo, e quella denominazione con cui è stata *manifestata*?

» Quale rammarico per un padre che, morendo, non potrebbe portar seco lui la speranza che il suo patrimonio, frutto de' suoi sudori e delle sue veglie, sarà posseduto da quegli cui l'ha destinato, e che il figlio che lascia verrà educato e protetto da' suoi migliori confidenti ed amici?

» No; la giustizia respinge, perchè dettate dall' interesse e dalla cupidigia, le semplici allegazioni di suggestione e di capziosità. Se vi sono alcuni casi ne' quali par ch' essa pieghi ad udire de' fatti di simil natura, è allora soltanto ch' essi sono di una evidenza irresistibile, e a segno tale, che da se stessi e senza il soccorso di veruna informazione portino seco la convizione in tutte le menti.

» Nel caso presente non avvi, al contrario, il più lieve amminicolo, la più picco-

la presunzione. Duvancelle lascia i suoi beni alla figlia; rimette a' suoi amici la cura di allevarla, conferendo loro altresì la facoltà di far eseguire il suo testamento. Non vi è dunque in sì fatte disposizioni nè suggestione, nè capziosità.

» Sotto tutti i rapporti Dupuce è mal fondato.

» Il tribunale,

» Decidendo sulla istanza di nullità del testamento per li seguenti motivi:

» 1.° Relativamente all' osservanza delle formalità richieste dal codice civile.

» Considerando che in massima generale un atto autentico è perfetto quando è munito di tutte le formalità che la legge esige *al giorno della sua data*, e che non si può per la sua validità assoggettarlo a forme novelle, senza dare un effetto retroattivo alla legge che posteriormente le avesse prescritte.

» Considerando che a termini dell'art. 2, del codice civile, *le leggi non dispongono che per l' avvenire*; che quindi le nuove disposizioni di questo codice relative alla forma de' testamenti non potevano, nè dovevano essere osservate se non che a datare dalla sua promulgazione.

» Considerando altresì che la legge del 13 fiorile, anno 11., che prescrive le formalità da osservarsi per la validità de' testamenti, non riguarda in verun modo quelli, che fatti *prima* della sua promulgazione, sono conformi alle regole allora stabilite, e soprattutto non ordina punto, ch' essi sieno rifatti in caso di sopravvivenza del testatore;

» Considerando finalmente che a termini della legge del 25 ventoso, anno 11, riguardante i notai, la *data certa* degli atti passati davanti i medesimi è quella precisamente del giorno, in cui li han ricevuti, e non già del registro, a cui tali atti sono sottoposti.

» Dal che risulta che un testatore il quale prima della legge 13 fiorile, facendo alcune disposizioni di ultima volontà per atto davanti notajo, avesse osservate tutte le richieste formalità, sarebbe da quel tempo certo della esecuzione del suo testamento, se però le sue disposizioni di ultima volontà non fossero suscettibili di riduzione, giusta il disposto dalle leggi vigenti all' apertura della sua eredità.

» Ed atteso che il testamento di cui trattasi, porta la data del 21 germile decorso; ch' è stato ricevuto da due notari, che per conseguenza ha una data certa ed autentica, ch' è anteriore alla legge del 13 fiorile ultimo, e ch' è munito delle forme prescritte dalle leggi anteriori, e segnatamente dall' ordinanza del 1735.

» 2. Relativamente alle disposizioni del detto testamento, che riguardano la tutela della minorenne Lair Duvancelle.

» Considerando in massima che ciò che non è dalle leggi proibito, è permesso;

» Ed atteso che nessuna legge ha finora proibita la doppia nomina di tutore *alla persona*, e di tutore *a' beni* di un minore: che finora questa doppia tutela non è stata esclusa, nè annullata da verun tribunale; e che parimenti finora *sì dall' antica che dalla moderna giurisprudenza* trovasi costantemente stabilito il dritto facoltativo di assegnar *due* tutori a' figli minori;

» Considerando che a termini della legge del 5 germile, anno 11, Lair Duvancelle aveva il dritto di nominare un consulente speciale di tutela, tanto per atto di ultima volontà, quanto per mezzo di una dichiarazione fatta, o davanti il giudice di pace, e suo cancelliere, o davanti notaro, di scegliere il tutore sì fra parenti che fra gli estranei; e che l' avo paterno o materno non è chiamato alla tutela de' suoi nipoti minori, se non quando il superstite del padre o della madre de' detti minori non avesse *deferita* la tutela nella forma e nel modo prescritto dagli articoli 392 e 398 (314 320) del codice;

» Considerando che quella del 13 fiorile, anno 11, non è relativa che a' testamenti; che nulla contiene ch' abbia rapporto alla tutela, che quindi la dichiarazione davanti notaro dello scorso 25 germile, per cui Lair Duvancelle, conformemente alla legge del 25 dello stesso mese di germile ha deferito la tutela di sua figlia, non può essere pareggiata a' testamenti.

» Considerando che, secondo l'art. 900. (8 6) del codice, tutte le clausole o condizioni inserite in un testamento debbono considerarsi *come non iscritte e non avvenute*, allorchè offendono i costumi o le leggi; e che quin-

di supponendo che la clausola per cui Broyard, tutore delegato *alla sola persona* della minore Duvancelle, è sciolto da ogni dovere di rendi-conto, sia una clausola contraria alle leggi sulla tutela, essa sarebbe come non avvenuta, e non iscritta nel testamento in questione; che d'allora Broyard non sarebbe meno tutore *coll' obbligo di render conto*, e di restare garante dell' amministrazione di Bardier, tutore a' beni della suddetta minore;

» Considerando finalmente che alcuna legge non dichiara incompatibile la qualità di esecutore testamentario con quella di tutore;

» Ed atteso, che nel rispondere alle lettere, che appena morto il predetto Duvancelle, testatore, furono indirizzate a Dupucé per informarlo della tutela di cui trattasi, questi scrisse che si trasferirebbe a Parigi, o che spedirebbe procura per concorrere in un modo o nell'altro alla nomina del surrogato tutore; ed in conseguenza che conformemente alla intenzione del testatore, il detto Dupucé, avo materno, fu nominato surrogato tutore di sua nipote in virtù della deliberazione del consiglio di famiglia, ch' ebbe luogo li 15. messidoro ultimo scorso, nelle forme prescritte dalla legge 5. germile anno 11.

» Che da un' altra parte Broyard e Barbier, tutori, non sono in alcun modo debitori verso l' eredità di Duvancelle, padre della minore; mentrechè Dupucé, che solo gode dall' anno 10 dell'eredità di sua moglie, ne dee render conto alla predetta minore, che ha diritto a questa eredità per un terzo.

» Atteso che Lair Duvancelle, usando del diritto accordatogli dalla legge del 15 germile, anno 11, ha mediante suo testamento e colla sua dichiarazione davanti notaro, *nominati due tutori* a sua figlia, l' uno alla di lei persona, l'altro all'amministrazione de'suoi beni; che questa doppia tutela giudicata dal padre necessaria dopo la di lui morte, è evidentemente tale oggigiorno; che è notorio che ognuno di questi tutori possede le qualità richieste per adempiere esattamente alle viste, e rispondere pienamente alla fiducia del fu Lair Duvancelle padre: fatto essenziale che lungi d'essere contestato, fu confessato e riconosciuto da Dupucé, avo materno; che d'altronde sì il testamento che la dichiarazione davanti notaro, portando entrambi la nomina de'predetti tutori, ognuno di questi due atti è rivestito delle formalità richieste dalla legge che gli è applicabile; che finalmente i vantaggi che una tale dichiarazione contiene a favore di Barbier, tutore a' beni della detta minore, debbano considerarsi meno, come una donazione, che come *un salario od una indennizzazione* dovutagli in ragione delle sue cure nel l' amministrazione de' beni della minore: e che se, considerata come donazione, dee essere annullata, perchè intieramente appoggiata al testamento del 21 germile, sì fatta nullità sarebbe *illusoria*; che conseguentemente la scelta de' due tutori de' quali si tratta, comunque fatta da Lair Duvancelle fuori della sua famiglia, essendo nella forma e secondo il modo stabiliti dagli articoli 392 e 398 (314.320), il predetto Dupucé, escluso da questa scelta, omai certa ed incontrastabile, non può sotto verun pretesto nella sua qualità di avo materno della minore Duvancelle, richiamare la tutela di questa minore.

» 3. Relativamente alla demenza attribuita a Lair Duvancelle,

» Atteso, in diritto, che a termini dell'art. 504 (427) gli atti fatti da un individuo non possono dopo la di lui morte, essere attaccati per causa *di demenza*, se non se quando la di lui *interdizione* fosse stata provocata prima della sua morte, o che la demenza *risultasse* da questi stessi atti impugnati;

» Atteso, in fatto, che la intenzione di Lair Duvancelle il padre non è stata mai, nè pronunciata, nè provocata; - e d'altronde, che gli atti de' 21 e 25 germile ultimo non racchiudono alcun segno di alienazione di mente; giacchè i legati annessi al testamento, indipendentemente dalle loro modicità, sono dettate *da uno spirito di equità e di giustizia*, e che d' altronde la moralità de' tutori da lui scelti, non che tutte le sue disposizioni di ultima volontà non lasciano alcuna incertezza sulla perfetta sanità di mente, di cui godeva Lair Duvancelle, allorchè dettò il suo testamento, e fece la sua dichiarazione.

» E finalmente rapporto all' accusa di capziosità e di soggestione,

» Atteso che una tale accusa non è appoggiata a verun fatto positivo, nè tampoco a veruna ragionevole presunzione, avendo riguardo alle conclusioni di Broyard e Barbier, dichiara Dupucé non ammissibile in tutte le sue domande, ec.

Nella suprema corte di giustizia fu esaminato il dubbio se la madre dichiarata tutrice de' figli sotto l' impero delle leggi romane, possa riputarsi tale legalmente senza la conferma del magistrato, senza dar cauzione, e senza la rinuncia al senatus-consulto Vellajano. Con decisione de' 10. marzo 1825 fu pronunziata l'affermativa, per l'accettazione che la madre ha fatta della tutela.

» *Fatto* - Sotto l' impero delle vecchie leggi morì Michele Rossi di Scafati lasciando a se supestiti tre figli maschi Rocco, e Giovan Battista maggiori di età, ed Antonio minore. La di costui tutela fu assunta dalla madre Nicoletta Salvati.

» Lasciò pure una femina per nome Teresa, la quale nel 1792 si maritò con Giulio Seguino, e nelle tavole nuziali intervennero i due fratelli maggiori, e per lo fratello minore Antonio intervenne la madre col carattere di tutrice. La dote promessa fu di ducati 600 de' quali ducati 300 vennero pagati, e per li rimanenti ducati 300 fu accordata la dilazione di anni sei, e frattanto l'interesse al 4 per cento.

» Non essendo stati i conjugi Seguino, e Rossi pagati dei residuali ducati 300 ne istituirono giudizio nel tribunale civile di Salerno nel 1822 chiedendo tanto la sorte che gl' interessi decorsi, e non pagati, e come allora Rocco uno de' fratelli si trovava già morto, così l'azione fu diretta contra i due altri fratelli Giovan Battista, ed Antonio Rossi. Il tribunale aderì alla domanda dei conjugi, e prima con sentenza contumaciale, e poi con altra in grado di opposizione condannò i due fratelli a pagare la sorte, e tutti gl' interessi, ammettendo bensì la prescrizione per gl' interessi coverti dal quinquennio.

» Di tali sentenze appellò il solo Antonio Rossi, e dedusse, ch'esso essendo minore non era intervenuto nell' istrumento dotale, e che la madre non potea validamente obbligarsi per lui. Disse inoltre ch' esso non era erede, nè di sua madre, nè del defunto suo fratello Rocco, ed in compruova esibì la rinuncia da esso fatta in Cancelleria a 17 luglio 1822, val dire dopo istituito il giudizio.

» Disse inoltre, che la dote di ducati 600 fu per pompa, giacchè in realtà non fu che ducati 400; su' di qual fatto dovea il tribunale ammmettere la pruova testimoniale, e non deferire come avea fatto il giuramento ai conjugi. Disse finalmente che la dote era stata costituita sopra i beni paterni, e materni, e quindi la metà di essa dovendo gravitare sopra i beni materni, non essendo egli erede della madre, non era tenuto a pagarla.

» A motivi anzidetti con atto separato aggiunse degli altri sostenendo, che le donne non potevano esser tutrici, e che tanto la madre, che l'ava per esservi doveano essere autorizzate dal principe, o dal magistrato. Che la tutrice non potea rendere obbligato il minore per le doti alla sorella senza prima discutersi l' asse paterno e senza decreto del magistrato. Che la dote fu eccessiva; e se anch'era dovuta, non dovea pagare gl'interessi e le spese.

» I conjugi Rossi, e Seguino produssero appello incidente, col quale dimostrarono, che le prescrizioni particolari eran basate su la presunta soddisfazione, e nella specie non si poteva presumere la soddisfazione anzidetta perchè l' appellante Antonio intrinsecamente aveva confessato di non aver pagato. Che la legge dà dritto al creditore di deferire il giuramento al debitore sul fatto della soddisfazione, e perciò bene aveva fatto il tribunale di chiamare essi conjugi al giuramento.

» Passarono inoltre a dire, che la madre per dritto era tutrice de' figli minori, e le obbligazioni, che assume il tutore obbligano il minore; e siccome Antonio era erede del padre, così aveva l'obbligo di dotare la sorella, e nella specie non si trattava di assumere una obbligazione, ma solo dichiarare il quantitativo della dote. Dissero finalmente, che la dote era stata di ducati 600, e non 400 su di che avendo essi dato giuramento, ogni disputa era oziosa, come oziosa era benanche su le pruove domandate.

» Quindi la gran corte con decisione de' 18 aprile 1823 rigettò amendue gli appelli,

cioè l'appello principale di D. Antonio Rossi, e l'incidente dei conjugi Segnino, e Rossi, ed ordinò, che la sentenza del tribunale de' 5 febbrajo dello stesso anno si eseguisse in tutte le sue parti, e lo condannò pure alla multa, ed alle spese in ducati 17 19.

» Questa decisione è stata portata da Antonio Rossi alla censura della corte suprema con ricorso per annullamento, adducendo i seguenti mezzi.

» 1.° Che sua madre in tempo del contratto nuziale non era sua tutrice, perchè il tribunale non avea confermata la tutela in persona sua, ed ella non diede la cauzione, nè rinunciò al Vallejano.

» 2.° Che la madre non potea ipotecare i beni del minore senza i solenni voluti dalla legge.

» 3.° Che la dote effettivamente fu di ducati 400, non già di ducati 600 su di che se gli dovea accordare la pruova, e non deferirsi il giuramento agli attori.

» 4.° Ch'essendo stata Teresa Rossi dotata dei beni paterni, e materni, la metà della medesima dovea essere a carico della madre, di cui esso era erede.

» 5.° Ch'essendo la lite tra stretti congiunti non doveva essere condannato alle spese.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Giovanni Panico pel ricorrente, e D. Pasquale Adinolfi pei convenuti, ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso al rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. ministero.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Sul primo, e secondo mezzo.

» Attesocchè mancando il tutore dativo, la madre divenne legittima tutrice, secondo il prescritto nell'autentica *matri et aviae*, ed avendo la medesima accettata s'intende, che avesse rinunciato al beneficio del senato-consulto Vellejano.

» Attesocchè al minore nel quinquennio, dopo fatto maggiore, competeva il dritto di essere restituito in intiero contro al fatto della madre, e non avendolo fatto veone a decadere dal dritto medesimo.

» Attesocchè bene la madre ipotecò nell'istrumento dotale i beni del figlio minore, col carattere di tutrice, ch'ella avea, perchè non assunse alcuna obbligazione: a come del figlio, ma solamente insieme coi due altri figli maggiori determinò il dritto, che spettava alla figlia sù dei beni paterni.

» Sul terzo mezzo.

» Attesocchè Antonio sul fatto della dote se era stata, cioè, di ducati 600, o di ducati 400 com' egli avea asserito, non solo chiese di essere ammesse le parti alle pruove, ma chiese anche, che si fosse deferito il giuramento a' conjugi suddetti, piacque alla corte di attenersi al giuramento, maggiormente perchè vide, che la somma de' ducati 600 si trovava espressa in una pubblica scrittura, quanto era l' istromento dotale, ond' è, che la sentenza non può per questa parte essere censurata.

» Sul quarto mezzo.

» Essendosi detto ne' capitoli matrimoniali, che la Teresa Rossi era stata dotata di beni paterni, e materni, senza esprimersi il quantitativo, che la madre avea dato sopra i suoi beni, non si può intendere, che la figlia anzidetta fosse stata dotata per metà de' beni paterni, e per metà de' beni materni; mentre la *L. 7. cod. de dot. prom.* espressamente dice, che l'officio di dotare la figlia sia proprio del padre.

» Attesocchè, se anche dovesse intendersi, che una parte della dote fosse stata a carico della madre, non poteva Antonio Rossi giovarsi della scusa di non essere egli l' erede della madre, perch' egli fu l' erede della madre sin dall' epoca della di lei morte; e se ne fece la rinuncia non può questa giovargli, perchè fatta nel corso del giudizio, dopo che per molti anni si aveva goduta la eredità materna in frode della sorella, ch' era creditrice delle doti.

» Sul quinto mezzo.

» Attesocchè l' articolo 222. delle leggi di procedura civile mette in arbitrio del giudice l' ordinare, o la compensazione, o la condanna delle spese per le cause tra stretti congiunti, avendo la gran corte condannato esso Antonio alle spese del giudizio, la decisione per questa parte neppure è censurabile.

» Per siffatte considerazioni la corte supre-

ma rigetta il ricorso, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati 10 oltre il costo della spedizione.

» §. 9. Questo dritto non potrà essere esercitato se non nelle forme prescritte nell'articolo 314, e sotto le seguenti eccezioni e modificazioni. *Art.* 320. *Leg. civ.*

Vedi il §. 2.

» §. 10. La madre rimaritata e non conservata nella tutela de' figli del primo suo matrimonio non può destinar loro un tutore. *Art.* 321. *Leg. civ.*

» La legge in questo caso, osservano gli autori delle pandette francesi, diffida della decisione della madre. Teme che la sua scelta non le sia stata influita: quindi chiama la famiglia, e vuole, che il tutore nominato sia da questa confermato.

» Nel fatto di questo articolo la famiglia non dee formare alcuna domanda, perchè è costituita giudice di esso. Se il tutore nominato non le sembrerà che debba conservare la tutela, potrà ricusare di confermarlo, e nominarne un' altro. Se vi sono ascendenti, la tutela rimane ad essi devoluta.

» Il tutore scelto dalla madre può impugnare il giudicato della famiglia se crede di aver giuste ragioni di querelarsene. Allora dee citare il nuovo tutore avanti il tribunale civile per esser presente a sentir pronunziare ch' egli sarà mantenuto nella tutela. Noi da principio avevamo pensato ch' egli doveva interporre appellazione dall' ordinanza del giudice di pace. Ma dagli articoli seguenti risulta che in questo caso non si dee prendere la via dell' appellazione. *Osservaz. all' art.* 400. *del cod. civ.*

Che sarà a dirsi se la madre senza essere rimaritata abbia fatto uso della facoltà a lei data dall' articolo 394 (315) di rifiutare la tutela?

» Mi sembra, risponde Delvincourt, non esser convenevole di concederle in questo caso il dritto di nominare un tutore con testamento. In fatti il più delle volte la madre avrà rifiutata la tutela, o per non prendersi tale pensiere, o perchè si è creduta incapace di amministrarla. Nel primo caso essa non merita il dritto di nominare un tutore. Nel secondo è poco probabile ch' ella abbia tanto discernimento da potere sceglierne uno. D' altronde, e questa ragione mi sembra perentoria, è cosa ben semplice, che ove i figli rimangono senza difensore, il padre, o la madre scelga loro un tutore. Ma qui essi debbono averne uno nominato sia dalla legge, sia dal consiglio di famiglia. Or egli è giusto, anzi dell' interesse del minore, che la madre possa con un atto di sua volontà rivocare il tutore nominato dalla legge o dalla famiglia, e che costui il quale ha adempito sino a quel punto un' incarico oneroso, sia obbligato di cederlo ad una persona, la quale non ha in suo favore che la scelta di una madre spensierata o incapace? *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 42. *al tit.* 10. *tomo* 3.

» §. 11. Quando la madre rimaritata e conservata nella tutela avrà destinato un tutore a' figli del primo suo matrimonio, tale destinazione non sarà valida, qualora non sia confermata dal consiglio di famiglia. *Art.* 322. *Leg. civ.*

La legge non distingue, osserva Delvincourt, se la madre sia o no vedova; il che prova la verità di ciò che abbiamo detto, cioè che il marito di una moglie tutrice, anche mantenuta nella tutela, cessa di essere tutore quando la moglie cessa di essere tutrice; e ciò che maggiormente lo dimostra si è che si vede dalla discussione l'intervento del consiglio di famiglia esser quì precisamente richiesto, perchè si è pensato, che la madre potrebbe scegliere per tutore il suo secondo marito, o una persona dallo stesso indicata. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 3. *nota* 43. *al tit.* 10.

Della tutela degli ascendenti

» §. 12. Quando da niuno de' genitori sia stato assegnato un tutore al figlio in età minore, la tutela spetta di dritto al suo avo paterno: in mancanza di questo all' avo materno, e così risalendo la linea ascendentale; in modo che l'ascendente paterno venga preferito costantemente all' ascendente materno del grado medesimo. *Art.* 323. *Leg. civ.*

» Nel progetto del codice civile le avole, osserva Maleville, non erano escluse dalla tu-

» La intenzione del legislatore è stata di non chiamare alla tutela legittima che gli ascendenti mascolini. Quelli del sesso femminino possono in mancanza degli altri essere nominati dal consiglio di famiglia, come qualunque altra persona; ma la tutela per dritto non si conferisce, che agli ascendenti mascolini. *Osservaz. all' art. 404. del cod. civ.*

Gli esposti, ed i minori messi a carico dei stabilimenti di pubblica beneficenza sotto quale tutela restano soggetti? Il decreto de' 13 agosto 1810 riunisce su la specie particulari disposizioni.

» *Art.* 1. Gli esposti e i minori ammessi negli ospizj a qualunque titolo o sotto qualunque denominazione, e che sono a carico degli stabilimenti di beneficenza, saranno sino alla loro maggiore età o emancipazione sotto la tutela delle commessioni amministrative di questi stabilimenti, le quali designeranno uno dei loro membri per esercitare, ove occorre, le funzioni di tutore; e gli altri formeranno il consiglio della tutela.

» *Art.* 2. Quando il minore per una situazione che se gli offre debba sortire dallo stabilimento di beneficenza dove da principio fu ammesso, la commessione amministrativa nella di cui dipendenza si trova questo stabilimento, può con un semplice atto amministrativo vistato dall' intendente o dal sotto-intendente deferire la tutela alla commessione amministrativa, nella cui dipendenza è compreso il luogo della residenza del minore.

» *Art.* 3. Le commessioni amministrative esercitano relativamente alla emancipazione de' minori che sono sotto la loro tutela, gli stessi dritti attribuiti a' padri ed alle madri dal codice civile.

» L' emancipazione si farà sull' avviso de' membri della commessione amministrativa da colui che tra essi si trova disegnato per tutore il quale solo sarà tenuto di comparire a tal' effetto innanzi al giudice di pace.

» *Art.* 4. Qualunque atto relativo alla tutela o alla emancipazione de' minori suddetti è considerato come un atto amministrativo, ed è esente da ogni formalità o spesa. »

Della tutela conferita dal consiglio di famiglia.

Per la composizione, e convocazione del consiglio di famiglia contenute negli articoli 326 a 337 vedi *Consiglio di famiglia.*

» §. 15. Quando il minore domiciliato nel regno possedesse beni fuori del regno, o viceversa l' amministrazione di questi beni verrà affidata ad un protutore.

» In tal caso il tutore ed il protutore saranno indipendenti, e non obbligati uno verso l' altro per la loro rispettiva amministrazione. *Art.* 338. *Leg. civ.*

Così l' imperator Costantino dichiarò divisa l' amministrazione de' beni de minori quando più tutori fossero stati destinati in diverse provincie.

» Si divisum (*a testatore vel judice*) administrationis periculum per provincias sit, iis tantum omnibus insinuari convenit, et ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia tutelae, vel curae officium sustinent, ne de aliis provinciis defensores minorum ad judicia perducantur. *L.* 2. *Cod. Si ex pluribus tutoribus vel curatoribus etc.*

Casus. Si in duabus provinciis tutores testator filio suo dederit, unus in una, alius in alia causam agat. *Vivianus.*

Brunnemanno in esporre il caso di questa legge, discute la questione se fin dal principio divisa la tutela tra i tutori, ciò che si dee da uno di essi possa compensarsi dall' altro. Decide per la negativa.

» Testator vel judex diviserat tutelas per provincias, ubi hi in rebus italicis, illi in transalpini tutores essent, creditor italicus vult convenire transalpinos tutores, videtur quod possit ob *L.* 36. *et* 47. *in fine D. de adminìst. tut.* Sed hic negatur, quia in dicta lege 36 divisio facta erat a tutoribus vel a judice, sed ex post facto divisio erat facta postquam coeperant in solidum obligati esse, hic secus, sed debet convenire tutores italicos, omnes tamen; licet ab uno defendi possint. Ideoque aliud est si divisio fiat a judice, vel testatore, aliud si ab ipsis fiat tutoribus *hic et L.* 2. *infra de tut. divid.* Colligunt: inter tutores, si ab initio divisa est a testatore, vel a judice tutela quod unus debet, non posse cum alio tutore compensari. Sed

rectius est compensationem amitti per *L.* 36. *D. de administ.tut.* ibique Autor; collatam cum *L.* 47. §. *fin. d. t.* Aliud in pluribus fisci stationibus per *L.* 1. *Cod. de Compensat.* quia haec ab initio semper divisae sunt, et ideo divisio officiorum ipsis officiis modum facit, non tantum administrationi. *Brunnemanni Cam.ad cod.in L.*2.*Si ex plurib. tut.*

Più precisamente Donello sul medesimo sentimento.

» Duo tutores pupillo dati sunt: divisa inter eos tutela est vel testamento patris, vel a praetore, ita ut uni mandaretur administratio rerum italicarum, alterum rerum provincialium. Convenitur aliquis debitor a tutore provinciali, cum quo forte contractum sit in provincia. Debitor cui tandum debetur a tutore italico, eam pecuniam sibi ab illa statione debitam pensare vult. Placet id ei facere licere; quia inquit Papinianus *L. inter. D. de admin. tut.* aequitas quae merum, et certum jus compensationis inducit propter officium et personam agentis tutoris non differtur; id est, quia aequitas compensationis hoc exigit, ut uno tutore ex sua administratione quid petente, propter ejus disjunctum officium, et personam denegetur compensatio debitori, etsi alterius tutoris, qui vicissim debeat, persona compensatio opponatur. *Donelli Comment. de jure civ. Lib.* 16. *tit.* 15. *de compensationibus.*

Del pari l'imperatore Alessandro rescrisse, che il tutore di una provincia non s'a tenuto del fatto del tutore di un altra provincia.

» Ad eos qui in alia provincia tutelam administrant, periculum administrationis ex persona tutorum, qui in alia provincia res pupilli gerunt non porrigitur. *L.* 2. *Cod. de periculo tutor. et curator.*

Casus. Paterfamilias latum habens patrimonium in duabus provinciis, unum in una dedit tutorem, et alium in alia: degens in una provincia non tenebitur pro his quae geruntur in alia provincia, nec, e converso. *Accurs.*

» Esistevano, dice Delvincourt, su quest'oggetto due dichiarazioni del re una del 15 dicembre 1717 e l'altra del 1.° febbraro 1743 le di cui disposizioni potranno servire a risolvere alcune quistioni che l'esecuzione dell'articolo 417 (398) può far nascere.

» 1.° Da chi debbono essere nominati i tutori, e protutori?

» In forza delle anzidette dichiarazioni ciascun di essi doveva essere nominato nel paese in cui doveva esercitar le sue funzioni. Era stato deciso dal consiglio di stato nella discussione, che sarebbero ambidue nominati nel luogo del domicilio del minore; ma che se uno di essi venisse a mancare, si provvederebbe sul luogo alla sua surrogazione. Questa decisione non si ritrova nel codice. Egli è probabile che siasi voluto tutto abbandonare all'arbitrio del consiglio di famiglia del domicilio, il quale potrà nominare il protutore, o decidere che la nomina si affettuirà nel luogo ove sono i beni.

» 2.° *Quid*, se vi esistono padre, madre o altri ascendenti? Sembra egualmente risultare dalla discussione, che l'articolo 417 non sia applicabile al caso in cui la tutela è legittima, e quel che maggiormente conferma questa opinione si è, che detto articolo è situato sotto la rubrica della tutela conferita dal consiglio di famiglia. Or questa tutela non ha luogo, che in mancanza della tutela legittima. Anticamente ogni tutela era dativa, e le indicate dichiarazioni portavano che se il padre o la madre sopravvivesse, si poteva nominando li tutori, dispensarsi dal nominar un protutore. Si può effettivamente confidare nell'affezione paterna per la cura di prendere le provvidenze necessarie in simili casi. Io dunque opino che nel dritto attuale la decisione stessa potrebb'essere applicata al caso della legittima tutela.

» 3.° Non ostante la indipendenza delle gestioni rispettive, io penso come trovavasi anche stabilito colla dichiarazione del 1743 articolo 6 che il tutore può in caso di bisogno, e con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, esigere che il protutore gl'invii i necessarj recapiti per provvedere come conviensi al mantenimento ed alla educazione del pupillo: e che reciprocamente il protutore può, richiedendolo il caso, esigere dal tutore la somministrazione dei mezzi necessarj pei mantenimento e la riparazione degl'immobili dipendenti dalla sua amministrazione. In questi due casi la quietanza di uno vale in discarico per l'altro.

» 4.° In fine egli è ben certo che gl'immobili andranno sottoposti all'amministazione del tutore o del protutore secondo ch'essi saranno situati in Francia o nelle Colonie. E la stessa sarà riguardo ai mobili corporali. Ma *quid* riguardo ai mobili incorporali come crediti, dritti, rendite ed azioni, che sieguono ordinariamente il domicilio di colui al quale appartengono? Io penso a norma dell'articolo 1.° della suddetta dichiarazione, che ciascuno dei due, del tutore cioè e del protutore, sia incaricato dell'amministrazione dei crediti, rendite ec. da percepirsi sulle persone domiciliate, o sopra i beni situati nella estensione de'luoghi rispettivamente sottoposti alla loro amministrazione. *Delvincourt. Corso di codice civile. Tomo 3. nota 77. al titolo 10.*

D'altronde ci fa osservare Toullier, che » secondo il dritto romano si potevano nominare più tutori al pupillo §. 1. *Instit. de satisd. tut.* Questa pluralità faceva nascere delle difficoltà. D'altronde un'amministrazione divisa produce necessariamente molti inconvenienti. Secondo il codice civile non può esser nominato che un solo tutore. Si riguarda come essenza della tutela, l'essere affidata ad una sola persona. Vi è però una eccezione, ed è quando il minore domiciliato in Francia possedesse beni nelle Colonie, o reciprocamente: l'amministrazione allora di tali beni è affidata ad un protutore nominato dal consiglio di famiglia. In tal caso il tutore ed il protutore saranno indipendenti, e non obbligati l'uno verso l'altro per la loro rispettiva amministrazione: articolo 417 (338). Si può indurre da queste disposizioni che non bisogna nominare un protutore, allorchè il minore è sotto la tutela naturale di suo padre, o di sua madre, che hanno l'usufrutto legale de' di lui beni in virtù della patria potestà.

» Ed in vero sarebbe contrario a questa potestà il nominare ai figli un amministratore indipendente dal padre. La persona incaricata dell'amministrazione del pupillo, al di là del mare, non può riconoscere i suoi poteri, che dal padre, o dalla madre nel caso della tutela naturale, il che è conforme all'antico dritto. La dichiarazione del 1 febbraro 1743, articolo 2, voleva che in questo caso non vi fosse che una sola tutela senza protutela.

» Se fosse necessario di provvedere all'amministrazione de' beni prima che il padre o la madre avessero nominato un mandatario, sarebbe allora il caso di ricorrere all'articolo 112 (118.) del codice civile.

» Ma dove il protutore deve esser nominato? La commissione propose di farlo nominare nel luogo della situazione de' beni; che deve amministrare. Se il minore domiciliato in Francia avesse beni nelle Colonie, il protutore, secondo questo progetto dovrebbe esser nominato da' parenti, ed in mancanza dagli amici, che dimorano nelle Colonie, e viceversa.

» Questo progetto fu rigettato nel consiglio di stato, in cui il sig. Tronchet propose di decidersi che il protutore sarebbe sempre nominato nel luogo dell' apertura della tutela; e'l signor Cambaceres propose di aggiungersi che se il protutore nominato nel luogo ove si era aperta la successione, si scusasse, sarebbe rimpiazzato sul luogo della situazione de' beni. *Toullier. Corso di dritto civile tom. 2. n. 1123.*

» §. 16. Il tutore in tal qualità agirà ed
» amministrerà dal giorno della sua nomina,
» se egli era presente; diversamente dal giorno
» no in cui gli sarà stata notificata. *Art. 339.*
» *Leg. civ.*

La niuna scusa, che presenti per la tutela quegli che quantunque assente conosca essere nominato tutore, pel rescritto degl' imperatori Diocleziano, e Massimiano egli è tenuto dell'amministrazione.

» Tutor, licet absens, decreto datus, si sciens solemniter se non excusaverit (*scilicet intra tempus ad hoc constitutum, scilicet quinquaginta duorum*) administrationi constituitur obnoxius. *L. 19. Cod. de administrat. tut.*

Casus. Quis sciat se tutorem datum, nec se excusat, ab inde periculum ad eum pertinebit. *Vivianus.*

Perezio distingue nel soggetto caso la ignoranza effettiva dalla negligenza.

» Quomodo si implere utilem conditionem neglexerit sub qua pupillo donatum est, tenetur ei in id quod interest *L. 21. h. t.* atque ideo bona tutoris, vel curatoris non

modo pro male gestis, sed etiam pro non penitus gestis, seu neglectis tacite obligata sunt pupillo, vel adulto *L.* 20. *h. t.* Distinguendum hic tamen inter tutorem vel curatorem ignorantem, et scientem se datum esse; qui scit se datum nec administrat, aut negligenter id facit, de neglecta gestione tenetur, nisi ceteri contutores, qui administrant, sint solvendo: si ignoraverit se esse contutorem vel tutorem, etiamsi solvendo ceteri non sint, damni tamen periculum ad ipsum non redundat *L.* 8. *h. t.* Quare recte fecerit tutor qui scit se constitutum, si statim solemniter se excuset, alias etiam absens datus administrationi erit obnoxius *L.* 19. *h. t. Perezii Praelect. in lib.* 5. *Cod. tit.* 37. *n.* 10.

Emerge da queste disposizioni, al dir di Giuliano, che nel soggetto caso ogni pericolo della tutela è da rivolgersi a danno del tutore dal tempo in cui questi ha la scienza legale della nomina in sua persona, e non amministra.

» Ex quo innotuit tutori, se esse tutorem, scire debet periculum tutelae ad se pertinere. Innotescere autem qualiter qualiter sufficit non utique testato (*idest coram testibus vel citinis*) cum conveniris. Nam et si citra testationem, scilicet undecumque cognoverit, nulla dubitatio est quin debeat periculum ad ipsum respicere. *L.* 6. *§. ult. D. de administ. et peric. tut. vel cur.*

» §. 17. Quando la nomina di un tutore
» non sarà fatta in sua presenza, gli sarà
» notificata a cura di un membro del consi-
» glio di famiglia, che sarà stato da questo
» destinato. Tale notificazione sarà fatta fra
» tre giorni dopo quello della deliberazione,
» oltre di un giorno per ogni quindeci mi-
» glia di distanza fra il luogo ove il consiglio
» di famiglia si è tenuto, ed il domicilio
» del mentovato tutore. *Art.* 340. *Leg. civ.*

Questo articolo è preso dal responso di Paolo.

» Si peregre (*idest absentes sint tutores dati a praeside renunciante magistratu*) agant qui tutores, vel curatores dati sunt, ut intra diem trigesimum notum bis a magistratibus fiat (*scilicet tutoribus absentibus*) divus Marcus rescripsit. *L.* 29. *D. de tut. et curat. dat. ab his.*

Casus. Tu scis quod tutores ex quo sciunt se datos, debent se excusare; certe ad hoc ut sciant se datos, sicque administrent, vel se excusent, magistratus debent eis notum facere intra triginta dies ex quo dati fuerunt. *Vivianus.*

„ §. 18. La tutela è un peso personale,
„ che non passa agli credi del tutore. Questi
„ saranno tenuti soltanto per l'amministra-
„ zione del loro autore; e quando sieno in
„ età maggiore saranno tenuti a continuarla
„ finchè sia nominato un nuovo tutore. *Art.*
„ 341. *Leg. civ.*

Così Pomponio.

„ Quamvis heres tutoris tutor non est, tamen ea quae per defunctum inchoata sunt per heredem (si legitimae aetatis et masculus sit) explicari debent, in quibus dolus ejus admitti potest. Quod penes tutorem fuit, heres quoque ejus reddere debet. Quod apud pupillum is (*scilicet tutor*) reliquerit, si heres capit (*idest accipit, vel aufert pupillo*) non quidem crimine (*scilicet dolo*) caret, sed extra tutelam est, et utili actione (*scilicet tutelae si heres tutoris est*) hoc reddere compellitur. *L.* 1. *D. de fidejussorib. et nominatorib., et heredib. tutorum et curatorum.*

Casus. Heres tutoris non est tutor; et nihilominus quidam tenetur facere, ac si esset tutor; primum est quod facere tenetur, scilicet explicare ea quae per tutorem defunctum inchoata sunt; et hoc si hic heres est masculus, et perfectae aetatis; in quibus per tutorem inchoatis potest dictus heres sine dubio dolum committere, et de eo debet teneri. Secundum est: quia tenetur reddere pupillis illud quod tutor reliquit apud se heredem puta pecuniam quam reliquit tutor in arca, quae arca erat in domo tutoris. Tertium; quia tenetur reddere pupillis illud quod eis aufert, vel accepit. *Vivianus.*

Il nostro articolo obbliga gli eredi del tutore di continuare l'amministrazione del loro autore ma non, soggiugne Delvincourt, di proseguire la causa che il tutore potrebbe avere in nome del suo minore. Essi non lo potrebbero benanche quando il volessero, non avendo perciò alcuna qualità; poichè non sono tutori. Solamente debbono notificare alle parti contrarie la morte del tuto-

re. Altrimenti le procedure le quali continuarebbero a farsi contro di lui sarebbero valide: art. 344. proced. (438.); ed essi potrebbero, accadendo il caso, essere condannati ai danni ed interessi in favore del minore. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 180 *ad tit.* 10. *Tomo* 3.

Ma questo seguito di amministrazione porterà seco per parte degli eredi accettazione della eredità del tutore?

» Io nol penso, risponde lo stesso giureconsulto. Esso è un atto di amministrazione provvisoria dal quale non si può dedurre accettazione alcuna, qualora non siasi presa la qualità di erede: d'altronde notate che non è lo stesso della obbligazione di amministrare dopo la morte del tutore come di quella di render conto della gestione anteriore alla morte. Questa è un obbligo della successione imposto all'erede come rappresentante la continuazione della persona del defunto, e di cui egli non è tenuto sopra de' suoi beni se rinuncia, o se accetta col beneficio dell'inventario. Per l'opposto l'obbligo di amministrare dopo la morte non è un obbligo della successione; ma personale dell'erede, di cui è tenuto indefinitivamente, e sopra i proprj beni, quando anche egli avesse accettato col beneficio dell'inventario. *Ibidem. Nota* 181.

Del tutore surrogato

» §. 19. In ogni tutela vi sarà un tutore
» surrogato che si nomina dal consiglio di
» famiglia.
» Le sue funzioni consisteranno nell'agire
» per gl'interessi del minore, allorchè que-
» sti si trovino in opposizione con quelli del
» tutore. *Art.* 340. *Leg. civ.*

Nel caso degl'interessi contesi tra il tutore ed il pupillo Giustiniano, in vece del tutore pretorio che un tempo si nominava all'oggetto, dispose destinarsi un curatore.

,, Si inter tutorem, pupillumque judicio (*scilicet rei vendicationis, vel alterius personalis, vel realis actionis, propter actionem tutelae, quae contra tutorem erit danda*) agendum sit; quia ipse tutor in rem suam author esse non potest, non praetorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur; quo interveniente judicium peragitur; et eo peracto, curator esse desinit. *Justit. de authoritate tutorum §. ult.*

,, Può accadere, disse il tribuno Huguet al tribunato di Parigi, o piuttosto accaderà spesso che i tutori avranno degl'interessi contrarj ai minori; perciò si è pensato, che in tutti i casi possibili era utile per l'interesse il più grande de' minori di mettere a fianco de' tutori, anche del padre, e madre, ed ascendenti, ai quali si conferisce la tutela legittima, un tutore surrogato, il quale senza mischiarsi nell'amministrazione conlidata al tutore sarebbe intanto con lui per sorvegliarlo, e portargli dei soccorsi in certi casi. È una specie di modificazione molto ingegnosa ed utile, o secondo il rigore del dritto consuetudinario il quale richiede, che tutte le tutele sono dative, o secondo la estrema facilità del dritto scritto, il quale ammette le tutele legittime. Ora questa sezione organizza i tutori surrogati. Vuole che in ogni tutela ne sia nominato uno dal consiglio di famiglia, per agire a pro degl'interessi dei minori, allorchè saranno in opposizione con quelli del tutore legittimo. È adunque obbligato il tutore di far adunare prima di entrare in funzioni il consiglio di famiglia per far nominare un tutore surrogato, sotto pena di decadere dalla tutela, senza pregiudizio dei danni dovuti al minore. *Motivi sul cod. civ. n.* 35.

,, Il surrogato tutore, dicono inoltre gli autori delle pandette francesi, tiene presso di noi il luogo del curatore che secondo le leggi romane si nominava al minore, il quale aveva interessi contrarj a quelli del tutore. Vi è però questa differenza che un tal curatore non si nominava, se non nel caso in cui insorgesse qualche lite tra il pupillo ed il tutore, o quando si dovevano regolare alcuni dritti l'uno contro dell'altro; ed il peso del curatore cessava colla lite per la quale era stato nominato; in vece che presso di noi il surrogato tutore è permanente. Egli fa parte integrante di ogni tutela, la quale, particolarmente dopo il codice civile, non può esistere senza di lui.

,, Per altro le funzioni del surrogato tutore sono le medesime ch'erano quelle del curatore romano. Esse principalmente consi-

stono a difendere ed assistere il pupillo in tutti i casi quando vi sono interessi contrarj a quelli del suo tutore. Egli supplisce a quest' ultimo ne' casi in cui questi non può agire, allorchè la sua impotenza non è che accidentale e momentanea; imperciocchè se divenisse costante e definitiva si dovrebbe nominare un'altro tutore. *Osservaz. all'art.* 420. *del cod. civ.*

Nell'articolo in esame si consagra per massima che in ogni tutela vi sarà un tutore ,, Dunque, soggiunge Delvincourt, se vi ha tutore e protutore dee nominarsi un surrogato tutore, ed un surrogato protutore. *Quid* nella tutela officiosa? L'articolo non fa distinzione alcuna. La tutela officiosa è sempre una tutela. La sola differenza al contrario si è, che le obbligazioni del tutore officioso sono più estese di quelle del tutore ordinario. Io penso intanto, che si potrebbe dispensarlo dalla obbligazione di far nominare un surrogato se il pupillo non avesse beni personali, rimanendo a lui l'incarico di farne nominare uno, se glie ne sopravvenissero in seguito. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 3. *nota* 78. *al tit.* 10.

» §. 20. Quando le funzioni di tutore saranno devolute ad una persona che abbia » alcuna delle qualità espresse nelle sezioni » I. II. e III del presente capitolo, questo » tutore prima di entrare in funzione dovrà » far convocare un consiglio di famiglia com» posto nelle forme prescritte nella sezione » IV., acciocchè passi alla nomina di un tu» tore surrogato.

» Qualora siasi immischiato nell'ammini» strazione prima di aver adempito a questa » formalità, il consiglio di famiglia convoca» to ad istanza de' parenti, creditori o altre » persone interessate, ovvero dal giudice di » circondario per uficio, potrà quando sia» vi dolo per parte del tutore, rimoverlo dal» la tutela, senza pregiudizio delle indennità » dovute al minore *Art.* 343. *Leg. civ.*

Cosa dovrà risolversi se la tutela legittima, o testamentaria divenga vacante, e che il nuovo tutore si ritrovi essere della stessa linea del tutore surrogato?

» Fa d'uopo, risponde Delvincourt, nominare un nuovo surrogato tutore nell'altra linea. E se non vi sieno de' parenti che in una sola linea? io credo che si possa scegliere il suo surrogato tutore sia fra gli amici, sia fra i parenti della linea del tutore. Argomento tratto da ciò che viene stabilito dall' articolo in esame. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 3. *nota* 81. *al tit.* 10.

Sul modo da convocarsi il consiglio di famiglia per questa nomina, vedi *Consiglio di famiglia* §. 3 *e seg.*

» § 21. Nelle altre tutele la nomina del » surrogato tutore avrà luogo immediatamente » dopo quella del tutore. *Art.* 344. *Leg. civ.*

Questo articolo è relativo alla tutela dativa. Quando il consiglio di famiglia è convocato per la nomina del tutore lo è anche per quella del surrogato. Quindi adempita alla prima nomina, subito dee procedersi all'altra

» §. 22. In nessun caso il tutore, darà voto ,, per la nomina del surrogato tutore, il qua,, le sarà scelto, quando non non sianvi fra,, telli germani, in quella delle due linee, ,, a cui il tutore non appartiene. *Art.* 345. ,, *Leg. civ.*

,, Sembra che da questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, risulti che si debbano fare due deliberazioni, la prima per la nomina del tutore, la seconda per quella del tutore surrogato.

,, Una volta si procedeva alla nomina dell'uno, e dell'altro colla medesima deliberazione. Ciascun membro dell'assemblea opinava nel tempo stesso sull'una e sull'altra scelta.

,, Se si opinasse così ancor oggi, e se il tutore fosse preso fra i membri dell'assemblea, si troverebbe ch'egli avrebbe votato per la scelta del surrogato tutore, la qual cosa il codice civile assolutamente proibisce.

,, Fa d'uopo dunque incominciare dall'eleggere il tutore, ed allora questi si trova escluso dall' assemblea per la scelta del tutore surrogato

,, Se dopo la nomina del tutore il consiglio di famiglia non si trova più in numero sufficiente per deliberare, fa mestieri indicare una nuova assemblea.

,, Il tutore surrogato debb'esser preso secondo la intenzione di questo articolo, in una linea differente da quella a cui appartiene il tutore. Quindi se non si trovano pa-

renti in queste linea, o se non ve ne sono da potersi nominare per questa carica, si dovrà rivolgere ad un estraneo. *Osservaz. all' art.* 423. *del cod. civ.*

Vedi il §. 4.

,, §. 23. Se la tutela diverrà vacante, o
,, sarà abbandonata per assenza il surrogato
,, tutore non può rimpiazzare il tutore, ma
,, dovrà dimandar la nomina di un nuovo
,, tutore, sotto pena del risarcimento de' dan-
,, ni ed interessi che ne potranno derivare
,, al minore. *Art.* 346. *Leg. civ.*

Il tutore surrogato è inoltre risponsabile di tutte le conseguenze che siano a risultare dal non obbligare il conjuge superstite all' inventario degli effetti mobiliari della comunione (Vedi - *Comunione* §. 10) e dal non invigilare che le iscrizioni dell'ipoteca legale accordate ai minori sieno fatte senza ritardo su i beni del tutore (Vedi - *Ipoteca* §. 24.).

,, Il surrogato tutore, dice poi Delvincourt, non rimpiazza di pieno dritto il tutore. Egli può avere le qualità di un buon sorvegliante, e non aver quelle di un buon amministratore.

,, Innanzi a qual giudice di pace debb' esser convocato il consiglio di famiglia che deve procedere alla sostituzione? Innanzi al giudice stesso il quale ha preseduto al consiglio per la prima nomina; ed io penso che ne debb' esser altrettanto di tutt' i consigli di famiglia convocati durante la minor età. In vero l'articolo 406 (327) dice che debb'essere il giudice di pace del domicilio del minore; ed a termini dell' articolo 108 (113) il domicilio del minore non emancipato è presso il suo tutore; d'onde potrebbe conchiudersi che in generale il consiglio debb'essere convocato innanzi al giudice di pace del domicilio attuale del tutore. Ma si comprende che vi sarebbero molti inconvenienti ad ammettere questo sistema, secondo il quale dipenderebbe dal tutore l' allontanare dal consiglio di famiglia tutti i parenti del suo pupillo. Gli basterebbe perciò trasportare il suo domicilio ad una distanza un pò considerevole dal loro, e quindi far comporre il consiglio di famiglia di pretesi amici, secondo l'articolo 409 (330). Venne deciso in questo senso in cassazione il 29 novembre 1809 (Sirry 1810) prima parte pag. 641. Si è pensato con ragione che l' articolo 406 (327) doveva esser compreso nel senso del domicilio che il minore aveva al momento in cui cominciò la tutela. *Delvincourt. Corso di codice civile Tomo* 3. *nota* 87 *al tit.* 10.

,, §. 24. Le funzioni del surrogato tutore
,, cessano nello stesso tempo in cui cessa la
,, tutela. *Art.* 347. *Leg. civ.*

Questo articolo è relativo al tempo in cui il minore giungendo alla maggiore età, o essendo emancipato esce fuori la tutela; allora cessano di dritto le funzioni del tutore, conseguentemente ancor quelle del tutore surrogato. In oltre sia che il tutore rinuncii, o sia destituito, o muoja, il tutore surrogato sarà sempre lo stesso; vale a dire sarà mantenuto nelle sue funzioni. Tale intelligenza è dettata dall'articolo precedente, in cui il tutore surrogato è dichiarato risponsabile de' danni verso il minore, se divenuta la tutela vacante, egli non chiegga la nomina di altro tutore, altrimenti colla mancanza del tutore avverrebbe anche la sua.

Agomento trattato dal rescritto, dell' imperatore Antonino che dichiarò terminate le funzioni di un aggiunto col termine delle funzioni di colui cui questi fu addetto.

,, Si curatores tutoribus adjuncti sunt pubertate pupilli tam tutorum quam curatorum adjunctorum officium finiri *L.* 1. *Cod. quando tutores vel curatores esse desinent.*

,, §. 25. Le disposizioni contenute nelle
,, sezioni VI. e VII. di questo articolo si
,, applicheranno a' tutori surrogati.

» Nondimeno il tutore non potrà diman-
» dare la destituzione del surrogato tutore,
» nè darà voto nè consigli di famiglia con-
» vocati a quest' oggetto *Art.* 348. *Leg. civ.*

Il tutore non può provocare la destituzione del surrogato per due ragioni, osserva Delvincourt, 1. perchè il surrogato tutore essendo il sorvegliante del tutore, non si vuole facilitare a costui il mezzo di sbrigarsi di un sorrogato di cui temesse la vigilanza; e la 2. perchè questi non avendo in generale altre funzioni da adempiere che siffatta vigilanza, il tutore è inamessibile a rimproverarlo di negligenza a questo riguardo. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 3. *nota* 83. *al tit.* 10.

Delle cause che dispensano dalla tutela.

§. 26. » Sono dispensati dalla tutela tutti » i cittadini che esercitano un pubblico im- » piego fuori della provincia, o valle in cui » dee conferirsi la tutela *Art.* 349. *Leg. civ.* Così Giustiniano.

» Qui reipublicae causa absunt a tutela vel cura excusantur *Institut. lib.* 1. *tit.* 25. *de excusat. tut. vel cur.*

§. 21. ,, Sono egualmente dispensati dalla ,, tutela i militari in attivi à di servizio, e ,, tutti coloro che hanno una missione del ,, Re fuori del territorio del regno *Art.* 350 ,, *Leg. civ.*

Pei militari in servizio corrisponde il responso di Ulpiano.

,, Si tribunus in cohortibus praetoris permilitaverit, etiam collegarum filiorum tutela excusabitur, beneficio divi Severi et imperatoris nostri *L.* 11. *D. de excus. tut. et temp. eorum.*

Casus. Tribunus qui militavit in cohortibus urbanis habet excusationem non solum tutelarum privatorum, sed etiam filiorum commilitonum suorum. Si autem fuisset miles in aliis cohortibus non haberet excusationem a tutela filiorum collegarum. *Vivianus*

,, Non solo i militari erano dispensati dalla tutela, osserva Maleville, ma n'erano anche esclusi, *ut nec volens ad tutelae onus admittatur* dice il §. 14. *Instit. de excusat.*

,, Questa regola sembra migliore della nostra. Difatti in qual modo un militare, che d'ordinario si trova lontano dal paese del pupillo, e sovente ancora fuori del regno eserciterà l'ufficio di tutore? Gl'interessi del pupillo ne debbono soffrire gran danno.

,, Per quanto poi appartiene agli agenti del governo fuori del territorio del regno si osservò, che una missione di corta durata non poteva essere una scusa; che vi erano talvolta delle missioni segrete ignorate affatto; e che quindi conveniva per tale oggetto riportarsi al Governo, il quale conoscendo l'indole e la durata della missione, deciderebbe, se ella avesse a servire di scusa. Per tal ragione si aggiunse l'articolo seguente. *Maleville. Osservazione all' art.* 428. *del cod. civile.*

,, §. 28. Se la missione non è autentica, ,, e sia posta in dubbio, non si ammetterà ,, la dispensa, se non dopo che il reclamante avrà esibito un certificato del Ministro, ,, da cui dipende la sua missione addotta per ,, titolo di scusa *Art.* 351. *Leg. civ.*

Così Modestino secondo la costituzione degl' imperatori Severo, ed Antonino.

,, Scire autem oportet non sufficere si accedat ad judicem, sed oportere etiam de specie remissionis testari, et si multa habent jura quae ad remissionem faciunt, omnia nominare, sin minus similem esse ei qui nequaquam necessit, aut accessit quidem, justam autem remissionis causam non nominavit. *L.* 14. §. *consequens. in fi. D. de excus. tut.*

Osserva Maleville che ,, questo art. provvede per l'indole delle missioni non conosciute, ma non per la loro conosciuta durata. Se una missione è costante è certa, è palese debb' ella esentare colui, che n'è incaricato della tutela?

» Secondo le leggi romane l'assenza per cagione di pubblico servizio dispensava indefinitamente. Anzi non potevasi nominare questo assente quando era di ritorno se non un anno dopo il suo arrivo. §. 2. *Inst. de exc. tut. L.* 2. *cod. si tut. vel curat. reip.* Se poi la missione avveniva dopo la nomina, non esentava il tutore, che pel tempo solo della sua durata, ed in questo mentre eleggevasi in sua vece un curatore. *L.* 10. *cod codem.*

» Io credo che ciò si potrebbe adoperare egualmente per rispetto a colui, che per breve intervallo di tempo si trovasse in missione, non essendo ragionevole lo sgravarlo interamente della tutela; ma sono sempre di avviso, che non meno nel caso di una breve missione che in quella di una missione oscura ed incerta, si dovrebbe costantemente tener ricorso al Governo, perchè decidesse, se la missione abbia a servire di scusa o pur no. Tale fu anche la intenzione del Consiglio di Stato, di che si può convenire attenendosi all'osservazione fatta su l'articolo precedente. E ciò diviene tanto più manifesto quanto che il solo Governo può conoscere la natura, e la durata della missione, la quale onninamente dipende da lui. *Maleville Osservaz. all' art.* 429. *del cod. civ.*

§. 29. » I cittadini della qualità indicata » ne precedenti articoli che hanno accettata » la tutela posteriormente alle funzioni, ser» vigj o missioni, che li dispensavano, non » saranno più ammessi a chiedere di esserne li» berati per le stesse cause. *Art.* 352. *Leg. civ.* Uniformemente dispose Giustiniano.

» Et qui potestatem aliquam habent se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit; sed susceptam tutelam deserere non possunt. *Instit. lib.* 1. *tit.* 25. *de excus. tut. vel cur.* §. 3.

Casus. Visum est superius de pluribus personis qualiter se possunt excusare a tutela, vel curatela. Nunc quaeritur a domino imperatore, an sint aliae personae quae possunt excusari? Respondit imperator quod non solum praedicti a tutela vel cura excusantur; sed etiam qui aliquam potestatem habent, ut praefectus vigilum, vel annonae; quia tunc illi a susceptione tutelae vel curae durante officio suo se possunt excusare, ut divus Marcus rescripsit; sed tutelam susceptam occasione potestatis non possunt deserere *Arct.*

Vinnio comenta questo paragrafo dando una intelligenza precisa della voce *potestà* adoperata per esprimere le funzioni di coloro che si scusano dalla tutela.

,, Potestatis vocabulum apud nostros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cum magistratus non sint, notionem tamen aut jurisdictionem aliquam habent; ut in edicto, *Quod quisque juris etc. L.* 2. §. 1. item in *L.* 3. §. *ult. de rec. arb. L.* 3. *in fin. ad leg. jul. majest.* Saepe item ea vox significat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quae magistratuum est, sed omnium communis; ut idem sit magistratus potestas et imperium. Et hoc est, quod Paulus scribit *L. potestatis.* 215. *de verb. sig.* potestatis vocabulo imperium in persona magistratuum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores magistratus imperium potestatemque habuisse. Nonnunquam etiam soli magistratus majores imperium et potestatem habere dicuntur, minores sine imperio et potestate esse. Atque in excellentiori hoc significatu verbum potestatis hic accipiendum esse ex eo perspicuum, est quod aedilitas a tutela non excusat. *L. non tantum* 17. §. *is qui: h. t.* Magistratus tamen civitatum remissionem a tutela habuisse aperte testatur Modestin. *L.* 6. §. *remittuntur. eod.* add. Cujac. ad *L.* 4. *in fin. eod.* Ant. Fab. 1. *jurispr. h. t.* Sed vix est, ut id hodie observetur. Quamvis magistratus municipales a tutela excusari posse tradat Modestinus *L.* 6. §. 16. *D. de excus.* obstare tamen videntur *L.* 3. *D. qui pet. tut.* et *L.* 23. *D. de excus.* ubi idem negari videmus, nisi Modestinum per duumviros, Paulum et Ulpianum reliquos minores magistratus municipales intelligere dicas. Sane et Romae, cujus instituta fere imitabantur municipia, inter magistratus majores, et minores distinguebatur, quoties de hoc privilegio erat quaestio. *Vinnii Instit. lib.* 1. *tit.* 25. *Com. ad* §. 3.

È regola generale, dice inoltre Maleville, che chi ha accettato una tutela da cui potea sottrarsi, non è più ammesso ad addurre veruna causa.

» Nulla ostante io tengo che questa regola sia soggetta a qualche eccezione: a modo di esempio nel caso che il tutore eletto ignorasse nell' istante della nomina quel fatto che gli potea servire di scusa, come sarebbe la sua elezione ad una carica, che porta dispensa, o ad una missione del Governo. È del pari regola di equità e di dritto che la ignoranza di un fatto non può essere ad alcuno imputata. Il tutore allora trovasi nel caso che si accenna nell' articolo seguente, ove si figura che la funzione o la missione sia stata conferita dopo ch' egli è stato nominato tutore. *Maleville. Osservaz. all' art.* 430. *del cod. civ.*

» §. 30. Coloro per lo contrario a' quali » le mentovate funzioni, servigj o missioni » saranno state conferite dopo l' accettazione » ed amministrazione di una tutela, se non vo» gliono ritenerla, potranno entro un mese far » convocare un consiglio di famiglia, affin» chè si proceda al loro rimpiazzamento.

» Cessate le funzioni, servigj o missioni, » se il nuovo tutore reclama la sua libera» zione, o pure se il primo tutore ridomanda » la tutela, potrà essergli nuovamente confe» rita dal consiglio di famiglia. *Art.* 353. » *Leg. civ.*

Corrisponde al rescritto di Gordiano.

» Qui tutores, vel curatores dati reipubli-

cae causa abfuturi sunt, ad tempus (*sed reversi statim reassumunt*, *secus in iis qui absentes vocantur*) se excusare debent a tutela (*et petere curatorem*) ne etiam medii temporis periculo obstringantur. Quod quidem si tu fecisti, ejus intervalli, quo abfuisti, periculum non debes pertimescere. Quod si id praetermisisti (*idest ad tempus non te excusasti*) ut priore loco is conveniatur qui administravit, de jure postulabis. *L.* 1. *Cod. si tutor vel curator reipublicae causa aberit.*

Casus. Si tutor datus pendente tutela reipublicae causa abesse coepit, se excusare debet, ne medii temporis periculo adstringetur, quod si non fecerit, convenietur: sed postulabit ut ille qui interim administravit, prius conveniatur. *Vivianus.*

Perezio spiega il modo con cui dee intendersi l'assenza per causa della republica, considerata come scusa della tutela.

,, Absentia reipublicae causa, non affectata, neque sui commodi causa sed necessaria, immunitatem praestat. Ratio posita est in favore reipublicae cujus utilitas per tutelae munus impediretur, minueretur que. Et revera decet, ut qui publicis utilitatibus serviunt, superfluis oneribus non graventur. Cassiodor. *lib.* 2. *cap.* 23. Quem ob rem si fuerint tutores, vel curatores dati, et deinde reipublicae causa abesse coeperint, a tutela vel cura suscepta excusantur; nam reversi statim recipere debent onus tutelae, et medii temporis periculo ita demum liberantur, si excusationem suam proposuerint. *L.* 1. *h. t.* Si vero ante delatam tutelam abesse coeperint, iis ex legatione reversis annus vacationis conceditur, a suscipienda nova tutela *L.* 2. *h. t. et L.* 10. *D. cod.* et hic annus est continuus, computaturque ex quo quis rediit, vel redire debuit. *Perczii Praelect. in lib.* 5. *Cod. tit.* 64.

» Se si riflette alla prima parte dell'articolo, osserva poi Maleville, sembra che il tutore sia assolutamente liberato dalla tutela; cioè per sempre, e non già durante il tempo delle sue funzioni, de'suoi servizj, e delle sue missioni, secondocchè prescrivevano le leggi romane. Si eccettua però il caso che per la missione il Governo avesse altrimenti deciso, mercè la poca importanza, o la lieve durata della missione medesima.

» Ciò malgrado la seconda parte dell'articolo lascia nell'animo un qualche dubbio; poichè vi si dice, che la tutela potrà essere restituita al primo tutore nè due casi, cioè che il secondo chiegga di esserne sgravato, o che il primo domandi di esserne di nuovo rivestito.

» Si comprende tosto che il secondo debb'essere sgravato se così gli aggrada. Si comprende egualmente che il primo può riprendere la tutela, anche se il secondo non faccia istanza d'esserne liberato, ma si avanza a decidere, se il primo può essere obbligato ad assumere di nuovo la tutela, quando egli non inclini a farlo. Ecco la questione che non si può risolvere così agevolmente.

» Si ponga mente, che il nostro articolo abbraccia tutti i motivi di dispensa, indicati negli articoli precedenti, servizio militare, e missione, e che in questi articoli, da quello infuori ch'è relativo alla missione, la legge si spiega sempre in una maniera assoluta. *Sono dispensati.* La prima parte dell'art. 431. (353) adopera il medesimo linguaggio; ma la seconda parte il varia un poco; mentre dice, che se allo spirare delle mentovate funzioni, servizj, o missione il secondo tutore domanda di essere liberato dal peso della tutela, il consiglio di famiglia abbia a restituirla al primo; e questa è la definitiva disposizione della legge. Bisogna dunque applicare i precedenti articoli ai servizj, ed alle missioni perpetue; e distinguendo queste dalle temporanee, figurarsi, che il consiglio di famiglia possa, compiute ch'elle sieno, forzare il primo tutore a riprendere la tutela, se il secondo non vuole continuare ad esercitarla. Tale è pure il senso delle leggi romane. Nondimeno, per rispetto alla missione, io tengo sempre che si abbia a stare alla decisione del Governo, tanto più ch'egli solo può sapere se la missione sia compiuta o no. *Maleville. Osservaz. all'art.* 431. *del cod. civ.*

,, §. 31. Ogni cittadino non parente nè affine non potrà essere astretto ad accettar
,, la tutela deferita dal consiglio di famiglia,
,, se non nel caso in cui nella distanza di
,, venti miglia non esistessero parenti, affini
,, meritevoli, ed in grado di amministrar-
,, la. *Art.* 354. *Leg. civ.*

Si desume anche dal responso di Paolo, che non rinvenendosi nel luogo del minore un tutore idoneo, dee farsene la ricerca nei luoghi convicini.

,, Divi Marcus et Verus Cornelio Proculo. Si quando desunt in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt qui idonei videantur esse tutores; officium sit magistratuum inquirere ex vicinis magistratibus honestissimum quemque, et nomina praesidi provinciae mittere; non ipsos arbitrium dandi sibi vendicare (*sed quid si eos dederit, et ipsi consenserint decreto? videtur valere datio*) *L.* 24. *D. de tut. et curat.*

Casus. Potestas Bononiae non potest dare pupillo Bononiae tutorem Mutinensem; etiam si ille Mutinensis est idoneus, et etiam si in Bononia non sunt idonei; sed debet nomen Mutinensis praedicti scribere praesidi provinciae, et ipse dabit eum. *Vivianus.*

,, Questa scusa non ha dunque luogo, dice Delvincourt, che in favore di colui il quale non è nè parente nè affine. Il parente o l'affine a qualunque grado siasi non può *stricto jure* scusarsi per esservi parenti o affini più prossimi di lui in istato di amministrar la tutela.

,, Noi diciamo *stricto jure*, perchè i tribunali dovranno esaminare se i membri del consiglio di famiglia non siano stati unicamente diretti nella scelta del tutore dal desiderio di spacciarsi dalla tutela. I più prossimi parenti debbono succedere al minore; e sembra assai convenevole, siccome dice il dritto romano, che in parità di circostanze l'incarico della tutela sia conferito a coloro i quali hanno la speranza della successione. In questo senso fu deciso in Lione il 16 maggio 1811.

,, Il parente domiciliato al di là di quattro miriametri (*venti miglia*) potrebbe essere obbligato ad accettare? Io penso che si. L'articolo 427 (349) non ammette la scusa poggiata sulla lontananza che pei funzionarj pubblici; ma il consiglio di famiglia ed i tribunali debbono sempre considerare che non vi ha interesse pel minore di avere un tutore il di cui domicilio sia molto lontano. *Delvincourt. Corso di codice civ. nota* 104. *al tit.* 10. *Tomo* 3.

Osserviamo inoltre con Domat che ,, non è sempre ragion valevole di scusa per colui ch'è chiamato ad una tutela il non abitare nel luogo in cui trovasi il domicilio del pupillo. Poichè può avvenire che non si trovino in questo luogo persone che si possono eleggere; e dall'altra banda può esser giusto, e vantaggioso al pupillo il non badare a questa lontananza, quando non è tale che renda l'amministrazione troppo difficile, e troppo gravosa o al pupillo, o al tutore. Quindi fa d'uopo dalle circostanze giudicare del riguardo che si debba avere alla diversità del domicilio. *Domat Leggi civili. Tomo* 4. *lib.* 2. *tit.* 1. *sez.* 7. *n.* 26.

,, §. 32. Qualunque persona in età di anni sessantacinque compiti può ricusare di essere tutore. Colui che sarà stato nominato prima di tale età, potrà giunto a settant'anni, farsi liberare dalla tutela. *Art.* 355. *Leg. civ.*

Gl'imperatori Severo ed Antonino estesero a settant'anni la scusa della tutela.

,, Pater tuus si major est annis septuaginta ad tutelam, seu curam evocatus excusare se solenniter potest. *L. unica Cod. qui aetate se excusant.*

Perezio adduce la ragione per cui questa età forma una scusa legittima della tutela.

,, Qui major est annis septuaginta ad tutelam seu curam evocatus excusare se solemniter potest, quia senectus tanquam morbus perpetuus, et insanabilis quietem exigit. Sunt enim senes bis pueri; ita ut non possit per eos satis recte consuli pupillis, cum sibi ipsis satis non sufficiant, eo quod videantur, ut dixit Solon, ea aetate vitae terminum attigisse. *Diog. Laert. in Solone.* Aetas etiam alia ratione propter reverentiam nimirum, vacationem praestat. Unde Callistratus: semper in civitate nostra senectus venerabilis fuit; namque majores nostri pene eundem honorem senibus quem magistratibus tribuebant. *L.* 5. *D. de jure immunit. Perezii Praelect. in lib.* 5. *Cod. tit.* 68. *n.* 1.

,, §. 33. Qualunque persona assalita da un infermità grave debitamente giustificata è dispensata dalla tutela.

,, Potrà anche ottenere di esserne liberata se ha contratto la infermità dopo la sua nomina. *Art.* 356. *Leg. civ.*

Le grave infermità è specificata dall'imperator Filippo.

,, Luminibus captus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut perpetua valetudine tentus, tutelae, seu curae excusationem habet *L. unica. Cod. Qui morbo se excusant.*

Per ciò che riguarda la infermità contratta dopo la tutela accettata, è uniforme il responso di Paolo.

,, Post susceptam tutelam caecus (*utroque lumine*, *alias secus*) aut mutus, aut surdus, aut furiosus, aut valetudinarius (*perpetua valetudine*, *alias secus*) deponere tutelam potest. Paupertas quae operi, et oneri tutelae impar est solet tribuere vacationem. *L. 44 D. de excusat. tut. et temp. ear.*

Casus. Si tutor est factus caecus post tutelam, bene potest eandem ponere, et idem est de aliis morbis qui hic nominantur, et idem est de paupertate maxima. *Vivianus.*

Nel numero di queste infermità, dicono gli autori delle pandette francesi, si mette la cecità. Questa non somministra propriamente una scusa, ma bensì una incapacità. Essa però bisogna che sia assoluta. Una vista debole, la privazione di un occhio, e una malattia d'occhi, che non mettesse il tutor nominato fuori di stato di attendere a' suoi affari, non potrebbe servirgli di scusa.

,, Lo stesso accade della sordità quando è intera, e non solamente forma una scusa; ma ancora una incapacità: la sola sordagine che non rende colui che n'è tocco incapace di somministrare i suoi affari non può essere un motivo di esenzione dalla tutela. *L. ult. D. de leg. tut.*

,, Il muto parimenti non è solo scusabile ma incapace *L.* 1. §. 2. *L.* 10. §. *ult. D. de excus. tut.* E con più forte ragione lo sarà il sordo-muto, che non può regolarsi da se medesimo.

,, L'epilessia è anch'essa una di codeste malattie gravi, e costanti che somministrano una valida scusa della tutela, possono ancor essere una giusta ragione di rimuovere colui che n'è attaccato. Egli perpetuamente, ed in ciascun momento vien minacciato da eccessi, i quali lo privano di ogni potere di agire, ed anche indeboliscono in lui la ragione, e perciò le leggi canoniche lo escludono dagli ordini ecclesiastici. *Can.* 1. *et.* 2. *in sext. caus.* 7. *quaest.* 2.

,, Quanto alla gotta le leggi romane decidono ch'essa non può essere una causa legittima di scusa, purchè non sia portata al punto di randere l'infermo assolutamente incapace di attendere a suoi affari *L.* 13. *cod. de decurion. L.* 3. *cod. qui morb.* Burot riferisce un decreto del parlamento di Dijon che ha confermato questa eccezione. In fatti si comprende che a questo riguardo, come a quello di molte altre malattie, il giudice dee far molto conto delle circostanze.

,,Una tale scusa ha di particolare che ottiene il suo effetto anche quando sopragiunge dopo conferita la tutela. Infatti non vi è chi non capisca che sarebbe esporre gl'interessi del pupillo lasciandoli nelle mani di un uomo che non può invigilarvi, che non ha più vita se non per soffrire, e le cui azioni vengono assorbite dall'interesse della sua salute. Per altro una tal cagione debb'essere giustificata. Quando un tutore la propone, è mestieri farlo visitare da medici a questo effetto deputati. *Osservaz. all'art.* 434 *del cod. civ.*

,, §. 34. Due tutele sono per chiunque un giusto motivo di dispensa dall'accettarne una terza. Un conjugato o un padre già incaricato di una tutela, non sarà tenuto ad accettarne una seconda, eccetto quella de'suoi figli. *Art.* 357 *Leg. civ.*

Il dritto romano fissava la scusa a tre tutele, non computando questo numero secondo quello de'pupilli, ma secondo un patrimonio separato. Così Ulpiano.

» Tria onera (*idest*, *tres onerosae tutelae et non affectatae*) tutelarum dant excusationem. Tria autem onera sic accipienda sunt, ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patrimonium separatio, et ideo qui tribus fratribus tutor datus est qui indivisum patrimonium habeat, quibusdam tutor, quibusdam curator, unam tutelam suscepisce creditur. *L.* 3. *D. de excusat tut. et temp. ear.*

Data una tutela, ed impugnata la seconda senza che ancora si decida se possa o no accettarsi, vi è motivo alla scusa di una terza tutela? Attingiamo l'affermativa da un responso di Modestino.

,, Diximus tres habentem tutelas ad quar-

tam non vocari. Quaesitum est igitur, si quis duas habens tutelas, deinde ad tutelam tertiam vocatus appellaverit, et adhuc pendente judicio appellationis ad quartam tutelam promoventur; utrum a quarta se excusans mentionem faciat, et tertiae, an omnino dimittat illam? et a divo Severo et Antonino constitutum invenio non oportere ad quartam promoveri a tertia appellantem, sed pendente tertiae creationis excusatione illius finem expectare, terminum futurum quartae creationis recta ratione: si enim eo ordine quartam suscipiat quis, eveniet ut post tertiam extantem injusta tertiae appellatione apparente, quatuor oneribus gravetur extra leges (*idest contra leges; nam contra leges est, ut debeat gravari quarta tutela*) *L.* 4. *D. excusat. tut. et temp. ear.*

Se poi vi sono tre tutele in una casa può scusarsi dalla quarta? Sosteniamo l'affermativa su l'autorità di Brunnemanno.

,, Tria onera tutelae etiam in una domo esse sufficit, id est, si in familia pater habeat tres tutelas, ad quartam filius vocari non potest, nec contra. Montanus de *tutel. c.* 35. *n.* 125. *et seq.* ubi id limitat n. 127 nisi periculum plane non pertineat ad patrem, ut si filius familias patre nolente tutor creatus. Posset colligi regula, quod privilegium concessum uni ex fratribus, facile extendatur ad alios fratres in communi habitantes, et facilius ad patrem. *Brunnemanni Com. in Pand. ad L.* 4. *de excusat. tut.*

» Questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, mitiga la disposizione delle leggi romane dalle quali è tratto. Quelle esigevano tre tutele; il codice civile non ne domanda che due per dar luogo alla scusa.

» Secondo il §. unico di questo articolo la moglie viene riguardata, come un figlio, della di cui tutela il marito è incaricato. Quindi l'uomo ammogliato avendo una tutela estranea sarà validamente scusato di accettarne un'altra. Egli viene considerato come se avesse due tutele.

» Il padre incaricato della tutela di uno de' suoi figli non può essere costretto di accettare un'altra tutela estranea. La legge suppone che gl'interessi del suo pupillo assorbiscono tutta la sua attenzione. Non è però così in riguardo alla tutela di un'altro de'suoi figli, perchè egli egualmente dee la sua attenzione a tutti.

» Questa eccezione dovrà ancora applicarsi alla tutela dei nipoti? Noi non incontriamo alcuna difficultà di rispondere affermativamente. I nipoti sono compresi nel termine di figli.

» Una tutela onoraria non farebbe numero per servire di fondamento a questa scusa; perchè essa non impone al tutore amministrazione alcuna de' beni, e non lo astringe ad alcun conto. *Osservazione all' art.* 435 *del cod. civ.*

Osserva inoltre Maleville che » secondo il dritto antico si richiedevano tre tutele diverse per essere dispensato da una quarta *L.* 5. *de excus. tut.*; ma questo paragrafo medesimo avverte, che la tutela di molti pupilli i quali avessero beni comuni, conferita in un tempo ed in un atto solo, non verrebbe considerata se non come una. Pare che la stessa regola si debba seguire anche al giorno d'oggi.

» Quanto al privilegio accordato dalla seconda parte dell' articolo agli sposi, ed ai padri, egli è fondato su molta ragione, ed io mi maraviglio fortemente, che non si metta un grandissimo divario fra la situazione di un individuo non stretto dai vincoli conjugali, e quella di un padre. *Maleville. Osservas. all' articolo* 435. *del cod. civ.*

§. 35. » Coloro che hanno cinque figli
,, legittimi sono dispensati da ogni tutela, a
,, riserva di quella de' proprj figli:

,, I figli morti in attività di servizio nelle
,, armate del Re saranno sempre computati
,, per dar luogo alla dispensa.

,, Gli altri figli morti non faranno nume-
,, ro, se non quando abbiano lasciato figli
,, tuttora viventi. *Art.* 358. *Leg. civ.*

La massima è di Giustiniano.

,, Excusantur autem tutores, et curatores variis ex causis. Plerumque tamen propter liberos (*superstites et incolumes*) sive in potestate sint, sive emancipati (*nisi pater filio emancipato curator petatur; tunc enim non excusatur a cura emancipati*). Si enim tres liberos superstites Romae (*hoc est in civitate romana, et usque ad centesimum milia-*

rium) qui habeat, vel in italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari, exemplo caeterorum munerum (*idest onerum civilium*, *ut decurionatus*); nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt (*quia non sunt in potestate sua*) *Institut. lib.* 1. *tit.* 25. *de excusat. tut. vel cur.* §. 2.

,, Per le leggi romane, osserva Maleville, tre figli a Roma, e quattro in Italia bastavano per fare che il padre fosse dispensato dalla tutela. Nelle provincie ve se ne richiedevano cinque *Instit. de excus. tut.* Alcuni autori citati da Rousseaud *Giurispr. civ. sez.* 7. *dist.* 2. pretendevano che a Parigi tre figli pure, ad esempio di Roma, rendessero esente un padre dalla tutela. Io credo che tale giurisprudenza sia stata coll' andar del tempo cangiata; ad' ogni modo si è fatto gran senno a correggerla nell' articolo in esame.

,, La seconda parte di questo articolo lascerebbe qualche dubbio, se nol togliesse il processo verbale. Si volea sapere se godevano del privilegio della esenzione i soli padri de' figli morti all' armata per cagione delle ferite riportate in battaglia, o se tutti indistintamente quei padri che per qualunque motivo avessero perduto i loro figli in guerra. Fu risposto che la legge non mette divario fra gli uni, e gli altri; ed io sono di avviso ancora, che facendo motto de' militari, intenda ella di parlare eziandio de' chirurgi, e degli altri impiegati in servizio dell' armata.

» La legge romana restringeva davvantaggio sì fatto privilegio. Nelle istituta trovansi le seguenti parole: *Sed si in bello amissi sunt (liberi) quaesitum est an prosint*; *et constat eos solos prodesse qui in acie amittuntur: hi enim qui pro republica ceciderunt in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.* Questo squarcio mi parve troppo bello, nè io potei resistere alla tentazione di riportarlo.

» Venendo alla terza parte dell' articolo, fa d' uopo osservare che i pronipoti non sono giammai noverati, che per una persona sola in qualunque numero essi sieno; imperciocchè si tiene ch' essi rappresentano tutti il loro padre o la loro madre. La *L.* 2. §. 7. *D. de excus. tut.* non facea conto che dei pronipoti *ex filio*, e non di quelli *ex filia*, ma l' articolo non distingue gli uni dagli altri, e li comprende tutti generalmente.

» Si è obbliato di far menzione de' figli adottivi, ma io credo che considerata la natura della nostra adozione simile ad un di presso a quella di Giustiniano, si debba tenere che questi figli valgano pel padre loro naturale e non già per l' adottivo, come è espresso nelle *Istitut. tit. de excus. tut. in princ. Maleville. Osservaz. all' art.* 436. *del cod. civ.*

» §. 36. La sopravvegnenza de' figli durante la tutela non potrà autorizzare ad abdicarla *Art.* 359. *Leg. civ.*

Il ventre pregnante fu da Modestino escluso dal numero dei figli che fan scusare la tutela.

» Remittit a tutela vel cura et liberorum multitudo. Oportet autem liberos vivos esse, quando tutores patres dantur. Qui enim antea decesserunt his non connumerantur, neque rursus nocent qui potea moriuntur ....; Qui autem in ventre est, etsi in multis partibus juris comparatur jam natis; tamen neque in praesenti quaestione neque in reliquis civilibus muneribus prodest patri. *L.* 2. §. 3. *D. de excusat. tut. et temp. ear.*

» Non si vede chiaro, dice Maleville perchè influisce sull' esercizio della tutela la sopravvegnenza dell' età e non quella della prole. Presso i romani entrambi questi casi producevano lo stesso effetto. Per essere dispensato bastava aver nel momento della tutela il numero de' figli richiesti, non comprendendosi però fra questi il fanciullo conceputo, ma non ancora venuto alla luce *L.* 2. *D. de excus tut.* Da questo principio sorse la massima *qui in utero est*, *pro jam nato habetur quoties de commodis ipsius agitur*, *quemquam aliis*, *antequam nascatur*, *nequaquam prosit*.

,, Si avverta però che noi avevamo deviato da questa decisione, e che il fanciullo nel ventre della madre era calcolato anch' esso nel

novero de' figli viventi, allorchè si trattava di esimere un padre dalla tutela.

,, Deesi seguire ancora questa dottrina? A me sembra ragionevole e giusto; nulladimeno è da riflettersi che la espressione letterale dell' articolo vi si oppone un poco. Si potrebbe però molto disputare sul vocabolo della *sopravvegnenza de' figli* e dire che quel fanciullo il quale alla tumefazione del ventre della madre si conosce essere già nato, e sia suscettivo di vita, esiste pel padre suo.

» Qui si arresta il nostro codice, nè parla di altre eccezioni. Indica ciò, ch' esso non ammette tutti quegli ulteriori motivi, che secondo il dritto romano erano valevoli a scanzare alcuno dalla tutela.

» Uno di questi motivi era l' amministrazione de' beni del fisco *L.* 41. *de excus. tut.* I tesorieri e ricevitori de' soldi regj erano in conseguenza eccettuati; e così pure durante l' esercizio delle loro funzioni i raccoglitori delle contribuzioni, gli appaltatori, i sottoappaltatori, i commessi, i preposti.

» Tra gli esenti tenevansi ancò tutti i giudici; §. 3. *Inst. de excus. tut.* i professori delle scienze ed arti liberali *L.* 4. *Cod. de profess.* gli avvocati esercenti *L.* 2. *Cod. de adv. div. jud.*

» Le inimicizie capitali che non fossero state sopite da una successiva riconciliazione col defunto porgevano altresì argomento di scusa §. 11. *Instit. de excus. tut.* E fra le cause d' inimicizia notavasi specialmente il litigio dal defunto intentato all' individuo, che venisse poi ad essere eletto tutore. Il litigio però dovea riguardare una controversia di stato a danno di cotesto individuo. *Controversia status* 12. *eod.*

» Quanto alla povertà o alla ignoranza *imperitia literarum* ch' erano altresì ammesse per scusa §. 6. e 8. non si consideravano da noi che a misura delle circostanze, e secondo la fortuna del pupillo. *Malcville Osservaz. all' articolo* 437. *del cod. civ.*

» §. 37. Se il tutore nominato si trova
» presente alla deliberazione che gli deferi-
» sce la tutela, dovrà immediatamente, e sotto
» pena d' inammessibilità di ogni suo richia-
» mo ulteriore, proporre i motivi che può
» avere di scusa, sopra i quali il consiglio
» di famiglia delibererà *Art.* 360. *Leg. civ.*

Un individuo presente alla deliberazione può, perchè ignaro dei legittimi motivi che escludono dalla tutela, non opporsi immediatamente alla nomina di tutore in sua persona: il suo richiamo posteriore sarà ammessibile? L' articolo determinatamente dice di no. Nondimeno sarei di avviso, che il consiglio di famiglia, cui altamente dee interessare la buona amministrazione dei beni del minore, valuterà l' indole delle scuse, che saranno prodotte. Quando le crederà tali da ammetterle per utile del minore, pare che sia ben giusto non rigettarle.

» §. 38. Se il tutore nominato non ha
,, assistito alla deliberazione che gli ha de-
,, ferito la tutela potrà far convocare il con-
,, siglio di famiglia, affinchè deliberi sopra
,, i suoi motivi di scusa.

» Le sue parti su tale oggetto doveano a-
,, ver luogo nel termine di tre giorni da cor-
,, rere dalla notificazione della sua nomina,
,, il qual termine sarà accresciuto di un gior-
,, no per ogni quindici miglia di distanza dal
,, luogo del suo domicilio a quello della tu-
,, tela: trascorso questo termine, non sarà
,, ammessa la domanda *Art.* 361. *Leg. civ.*

Il dritto romano estese a cinquanta giorni il termine perchè il tutore o il curatore si scusasse dalla tutela, ma l' imperatore Alessandro dispose, che questo termine incominciasse a decorrere dal giorno della scienza, che si aveva della tutela conferita.

» Quinquaginta dies qui praefiniti sunt ad professionem (*idest protestationem apud tribunal*) excusationis, iis qui tutores, seu curatores dati sunt, ex eo die cedere, ex quo decretum praetoris aut testamentum parentis notum factum fuerit ei qui ad munus vocatus fuerit, ipsa constitutio quae hoc induxit sanxit. *L.* 6. *Cod. de excusat tut.*

Casus. Certum est quod quinquaginta dies dentur volenti se excusare a cura vel tutela: a quo tempore incipiant currere quaeritur? dicitur quod ab eo tempore a quo quis scit se datum tutorem vel curatorem, et si judex non admisit ejus excusationem, quia si intra quinquaginta dies non venit, nec appellavit, videtur acquievisse judicis sententiae. *Vivianus.*

,, §. 39. Se le sue scuse sono rigettate, ,, potrà ricorrere a' tribunali per farle ammettere; ma durante la lite, sarà tenuto ,, ad amministrare provvisoriamente. *Art.* ,, 362. *Leg. civ.*

,, Qui cade il luogo di esaminare la questione, dicono gli autori delle pandette francesi, per sapere in qual forma dee ricorrersi. Se per via di appello, o in prima istanza.

,, È evidente che il codice civile fa del consiglio di famiglia preseduto dal giudice di pace, una sorta di tribunale, e conferisce alle sue deliberazioni sulle quali il giudice stesso emette la sua ordinanza. Perciò la nomina del tutore fatta del consiglio di famiglia non ha più bisogno di essere omologata dal tribunale.

,, Dagli articoli precedenti si desume che il tutore nominato dee proporre al consiglio di famiglia le sue scuse; e risulta dall' articolo 440 (362) che questo consiglio deciderà sulla loro validità o invalidità; giacchè può ammetterle o rigettarle. Anche questa decisione è una sentenza; e non può essere contrastata; giacchè si accorda la esecuzione provvisoria. Da ciò sembra risultare in una maniera certa, che il tutore le di cui scuse sono rigettate dal consiglio di famiglia dee ricorrere per via di appello. In fatti una sentenza che non è suprema non può essere impugnata in altro modo.

,, Ammettendo questa conseguenza, il tutore dovrebbe interporre l' appellazione nel termine prescritto per gli appelli contro le sentenze dei giudici di pace, e dedurle al tribunale di prima istanza, che pronunzierebbe definitivamente.

,, Ciò non ostante l'articolo 448 (371) sembra contrario a questa decisione. Ivi si dice che se il tutore destituito non aderisce alla deliberazione del consiglio di famiglia che ha pronunciata la sua destituzione, il surrogato tutore insisterà per la omologazione avanti il tribunale di prima istanza che pronuncierà, salvo l'appello. Inoltre aggiunge al §. 2. che lo stesso tutore potrà far citare il tutore surrogato per essere mantenuto nella tutela, e non si pone in dubbio che in questo caso la citazione debb' essere avanzata al tribunale di prima istanza per la via ordinaria.

,, Si potrebbe dire non esser questo il medesimo caso, e che la destituzione di un tutore in esercizio, il quale riceve una sorta di macchia è molto più di rilievo dell' ammessione, o della repulsa delle scuse. Nondimeno siamo di parere che questo articolo 448 (371) decida la questione. Da esso ne risulta che le deliberazioni del consiglio di famiglia non sono perfette sentenze, e non ne hanno tutti i caratteri; anzi non sono che atti esecutivi in forza della disposizione della legge, ai quali non si dee lo stesso rispetto come alle sentenze emanate dai tribunali regolari. In conseguenza il tutore, le di cui scuse sono state rigettate dal consiglio di famiglia non è obbligato ad interporre appello; anzi neppure dee farlo.

,, Egli dee citare il surrogato tutore avanti il tribunale di prima istanza, perchè le vegga ammesse; e questo tribunale non può pronunciare che in prima istanza.

,, Dentro qual termine dovrà il tutore formare il suo ricorso? La legge no'l dice. Ma ci pare che sia il caso di applicare la disposizione dell' articolo 438 (360) e di decidere che debba promuovere la sua azione dentro i tre giorni da computarsi da quello in cui gli è stata notificata la deliberazione. E con ragione la legge gli prescrive un così breve termine per proporre le sue scuse tanto per l' interesse del minore, quanto affinchè la tutela non resti troppo lungo tempo sospesa. I medesimi motivi s' incontrano nel caso in cui noi siamo. *Osservaz. all' art.* 441. *del cod. civ.*

Se il tutore ha guadagnata la causa in prima istanza, sarà egli obbligato di amministrare durante tutto il tempo dell' appello? » No: risponde Delvincourt. Una sentenza può essere generalmente eseguita dopo otto giorni, purchè non si appelli. In conseguenza se non vi sia appello il tutore scusato potrà far convocare un consiglio di famiglia per procedere alla sua surrogazione, e se viene in seguito l' appello, io penso che si apparterrà al nuovo tutore di amministrare provvisoriamente pendente la istanza di appello.

» *Quid* se la scusa del tutore sia stata ammessa, ma che si venga a scovrire in seguito che la cagione realmente non esisteva, la deliberazione la quale l'avrà ammessa potrà essere impugnata, e da chi? Se la fal-

sità della scusa fosse conosciuta dal tutore, io credo che vi sia allora per parte sua dolo personale, e per conseguenza luogo al ricorso per ritrattazione, la quale potrà essere formata sia dal nuovo tutore, sia dai membri del consiglio di famiglia che ha ammessa la scusa, ed anche da coloro i quali sono stati dell'avviso della deliberazione: ben inteso però che le scuse sieno state semplicemente ammesse con sentenza in ultima istanza; poichè contro di queste sole sentenze ha luogo l'enunciato ricorso (544. *leg. di proced. civ.*) In caso contrario se le scuse sieno state ammesse semplicemente dal consiglio di famiglia, e senza sentenza, la deliberazione può ancora essere impugnata dai membri i quali non non ne sono stati di accordo, ove tuttavolta non vi sia stata acquisecenza per parte loro. Se vi ha una sentenza in prima istanza confermativa della deliberazione e per la quale non vi sia stato appello, io non vedo un mezzo legale per impugnarla. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 108. *al tit.* 10. *Tomo* 3.

» §. 40. Se ottiene di essere dispensato ,, dalla tutela, coloro che hanno rigettato ,, la scusa potranno essere condannati alle ,, spese del giudizio; e se succumbe vi sarà ,, condannato egli stesso. *Art.* 363. *leg. civ.*

Queste disposizioni corrispondono alle regole generali del rito civile.

» I patrocinatori e gli uscieri che avranno ecceduto i limiti del loro ministero, i tutori, i curatori, gli eredi beneficiati, o altri amministratori che avranno compromesso gl' interessi delle loro amministrazioni, potranno essere condannati alle spese in loro nome, e senza dritto di ripeterle; come anche a'danni ed interessi, se il caso lo esige: tutto ciò senza pregiudizio della interdizione, contra i patrocinatori e gli uscieri, e della rimozione contra i tutori, ed altri amministratori, secondo la gravità delle circostanze. *Art.* 223. *Leg. di proced. ne giud. civ.*

Finalmente si osserva, che qualunque sia questa deliberazione già omologata dal tribunale civile, può essere impugnata con appello.

» Le sentenze profferite sopra le deliberazioni del consiglio di famiglia saranno soggette all'appello. *Art.* 966. *Idem.*

Delle cause di eslusione e di rimozione della tutela.

§. 41. ,, Non possono essere tutori se ,, non de' proprj figli, e discendenti;

(i consiglieri di stato.

,, 2.(i segretarj di stato ministri.

(1 segretarj di stato;

,, 2. i capi di corte;

,, 3. i reggenti, e consiglieri del supre- ,, mo consiglio di cancelleria;

,, 4. i componenti della suprema corte di giustizia;

,, 5. i direttori generali;

,, 6. i componenti delle gran corti civili.

,, 7. gl' intendenti;

,, 8. i componenti delle gran corti crimi- ,, nali e tribunali civili *Art.* 364. *Leg. civ.*

L'imperatore Anastasio scusò anche dalla tutela i consiglieri del principe.

,, Viros clarissimos sacri nostri palatii silentiarios circa latus nostrum militantes, de tutelis, et curationibus excusari sancimus (*etiam si inceperunt jam administrare*) *L.* 25. *Cod. de excusationibus tut.*

È in ragione della gravezza degli affari, al dir di Brunnemanno, e della nobiltà di quelli che sono ammessi al Consiglio del Principe, d'onde vengono costoro scusati dalla tutela.

» Per hos doctores hic consiliarios principis intelligere videntur, et inde dicunt, allectos in consilium principis habere excusationem tutelæ, quod clarius ex *L.* 30 *D. h. t.* potest probari. Idem in consiliariis inferiorum principum in territorio illo locum habet. Ratio est, tum in gravitate negotiorum, tum quod princeps eum nobilem faciat legendo in Senatum suum. *Brunnemanni Com. in cod. de excus. tut. ad L. Viros.*

,, §. 42. Non possono essere tutori ne' ,, membri de' consigli di famiglia:

,, 1.° i minori, eccettuati il padre o la ,, madre;

,, 2.° gl' interdetti;

,, 3.° le donne, a riserva della madre ,, e delle ascendenti;

,, 4.° tutti quelli che hanno, o de'quali ,, il padre o la madre avesse col minore una ,, lite in cui fossero compromessi lo stato o

,, le sostanze, o una parte considerevole de'
,, beni dello stesso minore. *Art.* 365. *Leg. civ.*

1.° I minori furono da Giustiniano esclusi dalla tutela sul riflesso di essere cosa molto grossolana che l'uomo inabile ad amministrare le proprie cose amministri le cose altrui.

» Minores vigintiquinque annis olim quidem excusabantur; nostra autem costitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare; adeo ut nec excusatione opus sit. Qua excusatione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus; quum sit incivile eos, qui alieno auxilio in rebus alienis administrandis agere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire *Institut. lib.* 1. *tit.* 25. *de excusationibus tut. vel curat.* §. 13.

2.° La incapacità degl' interdetti incontra una eccezione nella tutela de' proprj figli.

» La interdizione da' pubblici ufizj consiste nella esclusione del condannato da ogni funzione o impiego pubblico, e nella incapacità di esser tutore o curatore, tranne pe' suoi figliuoli, e col voto del consiglio di famiglia. *Art.* 14. *Leg. pen.*

La medesima incapacità hanno coloro che sono interdetti a tempo.

» Le interdizioni a tempo consistono nel vietare al condannato per un tempo non minore di due mesi ne' maggiore di cinque anni uno o più de' seguenti dritti...

» 8.° di voto e suffragio nelle deliberazioni del consiglio di famiglia:

» 9.° di esser tutore o curatore, eccettochè de' proprj figli, concorrendovi il parere del consiglio di famiglia. *Art.* 27. *Leg. pen.*

3.° L' imperatore Alessandro escluse anche le femine dalla tutela, mal corrispondendo questo peso alla debolezza del sesso.

» Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum foemineae infirmitatis tale officium est. *L.* 1. *Cod. quando mulier tutelae officio fungi potest.*

Casus. Ad administrandam tutelam pupillorum masculus non foemina vocabitur, quia tale munus excedit infirmitatem ejus sexus. *Vivianus.*

Giustiniano però ammise la madre alla tutela de' figli quando rinunciava alle seconde nozze.

» Matri (*legitimae vel naturali*) et aviae secundum ordinem (*cum primo mater*, *secundo avia admittatur*) tutelam etiam ante agnatos subire permittimus, si inter gesta (*idest coram judice scriptura inde facta*) nuptiis aliis et senatusconsulti Vellejani auxilio renunciaverit, solis testamentariis tutoribus eas precedentibus, legitimis, et dativis postpositis. Defuncti namque voluntatem praeter has autem aliis mulieribus interdicimus officium tutelae subire. *Authentica* 1. *ad L.* 2. *Cod. Quando mulier tutelae officio fungi potest.*

Casus. Dicitur in lege codicis quod mulier tunc demum admittitur ad tutelam, cum nullus alius legitimus eam praecedit; hoc dicit quod mater, et avia praecedunt tutores legitimos, et mater prius quam avia admittitur, Hoc tamen ita, si coram judice renuncient secundis nuptiis, et senatusconsulto Vellejano; et soli testamentarii eas praecedunt. Dativi autem, et legitimi eas sequntur. »

4.° La lite che alcuno possa avere col pupillo su tutti li di costui beni, o su di una eredità controvertita, fu anche da Giustiniano riguardata come motivo di scusa dalla tutela.

» Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excusari non potest, nisi forte de omnibus bonis, vel hereditate controversia sit. *Instit. lib.* 1. *tit.* 25. *de excusat. tut. vel cur.* §. 4.

Ma lo stesso Giustiniano con la sua novella costituzione dichiarò allontanarsi dalla tutela chiunque contendesse di un oggetto appartenente al minore, o cui il minore stesso fosse obbligato.

» Haec omnia lege corrigere volumus, et praecipue illud, ut si quis obligatum habuerit minorem, aut ejus res; hunc non omnino ad curationem ejus, vel si a legibus vocetur, accedere. Quid enim non agat pro se dominus ejusdem existens, et adversarii rerum detentator nuper effectus? Propter hoc enim et illud sancimus, ut si apertissime manifestum est, quia is qui sit administrator, ipse est juri minoris obnoxius; neque ipse curator erit, nec ubi aut cautionem furetur, aut alias probationes quae erant minoris corrumpat; et curatio fiat ei rerum interitus propriarum. Hoc itaque lege tutissima colligetur,

ut nullus eorum qui obligatas perhibent habere res defuncti, ipsumque minorem, et ejus res, aut etiam qui aperte obligatus existit, ad curationem ejus accedat; neque habent licentiam tale aliquid agere. *Novella* 72. *Cap.* 1.

Osserva Maleville che » il dritto romano portava più lungi la esclusione dalla tutela a motivo de' litigj, e stabiliva, che colui il quale per obbligo di tutela aveva da intentare una lite contro la sorella sua o i suoi nipoti, fosse escluso dalla tutela medesima, *ne a pupilli defensione inhibatur affectu. L.* 23. *Cod. de excus. tut.*

» Ma giacchè il nostro articolo non fa cenno che di quei litigj che il tutore o i genitori suoi potessero avere col minore, io son di avviso, che la su mentovata legge 23 non più regga. Credo per altro che se la moglie o i figli di un tutore litigassero col minore, il tutore dovrebbe cedere la tutela; poichè se si presume, che questi possa patteggiare col padre o colla madre a danno del minore, molto più si dee supporre, che tenga le parti della moglie, e de' figli. Una legge che vieta il meno vieta anche il più. *L.* 110. *D. de reg. jur.* Oltreacciò il litigio della moglie, e de' figli è a lui in certa guisa personale. *Maleville. Osservaz. all' art.* 442. *del cod. civ.*

Conchiudiamo con Toullier che » se queste cause esistono al momento dell' apertura della tutela, esse sono di ostacolo alla nomina dell' incapace. Se sopravvengono dopo che è stato nominato fanno rivocare la tutela che resta allora vacante; per esempio se il tutore nominato fosse interdetto per causa di demenza. Ma il tutore la di cui nomina è rivocata, non è considerato come destituito, perchè la destituzione imprime sempre una macchia, e la rivoca non ne imprime alcuna: *Toullier. Corso di cod. civ. Tomo* 2. *n.* 1162.

,, §. 43. La condanna ad una pena afflit-
,, tiva o infamante opera *ipso jure* l' esclu-
,, sione dalla tutela, ed egualmente produce
,, la rimozione nel caso in cui si tratti di
,, una tutela già conferita. *Art.* 366. *Leg. civ.*

,, La esclusione ordinata da questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, è altresì una conseguenza della natura della tutela. Non vi ha dubbio che una tale esclusione abbia luogo pei tutori legittimi, come per gli altri, e quindi che si applichi ai genitori, ed agli ascendenti.

,, Se uno de' conjugi fosse stato condannato ad una pena di questa natura, si dovrebbe nominare il tutore ai figli? No: certamente; perchè sinchè dura il matrimonio non si dà luogo alla tutela. Sarebbe però diversamente se la pena arrecasse morte civile. (*La nostra legislazione non riconosce precisamente questa morte civile nel modo come l'ommette il codice francese. Per avvalerci però della dottrina, che potrebbe aver luogo nel caso del condonnato all' ergastolo, osserviamo che la condanna di un conjuge lascia di dritto la tutela de' figli all' altro conjuge.*)

,, In questo caso l' altro consorte sarebbe legittimo tutore. E se fosse la madre, la nomina che il padre condannato avesse fatto di un consulente di tutela sarebbe nulla; perchè sarebbe morto incapace di testare. *Osservaz. all' art.* 443. *del cod. civ.*

» Bisogna ciò intendere, siccome osserva Delvincourt, della pena solo afflittiva; l' infamia durando sino alla morte del condannato non riabilitato, non si potrebbe giammai dire ch' egli ha subito la sua pena e per conseguenza la disposizione non sarebbe mai applicabile. Nè osta ciò che si è annotato al tit. del matrimonio; poichè ivi in primo luogo è quistione della potestà conjugale interamente in favore del marito, mentre qui trattasi della tutela la quale è interamente a favore del pupillo: non deve sembrar dunque strano che si ricusi la prima all' infame, e che se gli conceda la seconda. In secondo luogo, i due articoli sono formali ciascuno nel suo senso. L' articolo 221 (210) si spiega in un modo generale: esso suppone che il marito abbia potuto essere condannato solamente ad una pena infamante e non afflittiva, o infamante, e decide che il marito vien privato della potestà conjugale durante l' intero corso della pena; il che riguardo all' infamia è per tutta la durata della vita, salvo il caso di riabilitazione, o di un secondo giudizio, se la condanna ebbe luogo in contu-

macia: al contrario l'articolo 28 (14 e 27) del cod. pen. fa l'elenco delle pene alle quali debb' essere applicata la disposizione; e decide che chi è stato condannato a queste pene non potrà più essere nè tutore nè curatore se non de' proprj figli, e sol coll'avviso della famiglia. Egli è evidente che l'articolo non ha inteso parlare del caso di riabilitazione, poichè questa facendo cessare tutte le incapacità risultanti dalla condanna, non vi sarebbe più luogo ad applicare la disposizione di cui si tratta, mentre il riabilitato diviene capace di ogni tutela e curatela. Esso non ha inteso parlare inoltre del caso di contumacia e di assoluzione da un secondo giudizio, poichè l'accusato essendo assoluto rientra nella pienezza de' suoi dritti. L'articolo non può dunque applicarsi che al caso in cui il condannato ha subito una pena afflittiva; e compreso così, conferma esso ancora l'opinione che abbiamo emessa sull'articolo 221 (210): poichè se il condannato espiata una pena afflittiva, viene ancora escluso da ogni tutela ec. tanto più debb' egli, lo ripeto, esser privo della potestà conjugale che è intieramente nel suo interesse. *Delvincourt. Corso di codice civile tom.* 3. *nota* 115 *al tit.* 10.

Sotto il nome di pena afflittiva sono poi considerati l'ergastolo, i ferri, la reclusione, la relegazione, l'esilio dal regno, la prigionia, il confino, e l'esilio correzionale ne' termini degli articoli 3 a 21 delle leggi penali.

La pena infamante essendo quella nascente da reato già tale per sua natura, o per le sue qualità, può essere considerata nella condanna per furto, e per falsità; misfatti, che deturpano la persona del delinquente. Macro l'ha per quella che deriva da pubblico giudizio.

» Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo quod judicii publici causam habuit. Itaque ex eo crimine, quod judicii publici non fuit damnatum infamia non sequitur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato judicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum. *L.* 7. *D. de publicis judiciis.*

Casus. Non ex omni crimine damnatus fit infamis, sed cum damnatur ex publico crimine fit infamis. Si autem quis damnetur de crimine privato, ut puta debitor qui rem alienam obligavit, et sic tenetur crimine stellionatus, et ex eo damnetur, non fit infamis: secus si damnetur ex crimine furti vel injuriarum, vel simili; quia tunc fit infamis cum ex privatis actionibus talium criminum damnatus fiat infamis, ut actione furti damnatus, et idem in similibus. *Franc.*

» §. 44. Sono parimenti esclusi dalla tu- » tela, ed anche rimovibili, quando ne sie- » no in esercizio,

» 1.° le persone di conosciuta cattiva » condotta;

» 2.° quelle la cui amministrazione pro- » vasse la loro incapacità o infedeltà. *Art.* » 367. *Leg. civ.*

L'imperatore Alessandro rescrisse che nel tutore debba in prima considerarsi la sua qualità personale, e poi il suo patrimonio.

» In postulandis suspectis tutoribus seu curatoribus non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter, nihil fraudulenter geratur, perpendi oportet. *L.* 5. *Cod. de suspectis tut. vel cur.*

Casus. Nemo quia pauper est tutor arguendus est ut suspectus, sed si fraudem committat. *Vivianus.*

Anche una negligenza colpevole si riguarda da Ulpiano come motivo della rimozione del tutore.

» Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista (*scilicet lata culpa, nam lata negligentia dolo comparatur*) prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet. *L.* 7. §. 2. *D. de suspectis tut. et curat.*

A buon conto, soggiunge il medesimo giureconsulto, il tutore debba aversi per sospetto quando il suo costume sia così depravato, che dia motivo a credere mal affidati i beni del minore alla sua cura, e che perciò sia necessaria la sua rimozione.

» Suspectum tutorem esse putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enim vero tutor quamvis pauper est, fidelis tamen, et diligens removendus non est quasi suspectus. *L.* 8. *D. de suspectis tut. et curat.*

Casus. Quamvis tutor sit pauper non re-

movetur propter hoc a tutela ut suspectus, sed ita demum si male gerat. *Vivianus.*

Il termine *cattiva condotta* adoperato in questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, non comprende solo il disordine nell'amministrazione degli affari, ma si applica egualmente alla sregolatezza dei costumi. Lo spirito ed il cuore del pupillo non sono meno preziosi per la società di quello che lo sieno le sue sostanze. Se dunque la cattiva condotta del tutore esponesse l'uno, e l'altro alla corruzione, si potrebbe o rimuoverlo dalla tutela, o levargliela.

» Sarà bene per altro di osservare, che specialmente per la rimozione fa d'uopo che vi sia pericolo pel minore. Suole spesso accadere che l'uomo li di cui costumi sono poco regolari sia severissimo, e riserbatissimo riguardo a coloro che sono sottoposti alla sua condotta. In questo caso niuno ha luogo di lagnarsi, nè niuno ha dritto di attaccare il tutore. *Osservaz. all' art.* 444. *cod. civ.*

Osserva inoltre più ampiamente Toullier, che sono parimenti esclusi dalla tutela, ed anche rimovibili, quando ne siano in esercizio, le persone di notoria cattiva condotta, 444 (367); espressioni che non bisogna soltanto intendere del disordine in cui si trovano gli affari di un uomo, che per esempio avesse fatta bancarotta, o fosse stato sottoposto ad un consulente giudiziario, ma di una sregolatezza notoria altresì di costumi; per esempio, se avesse subito nella polizia qualche condanna per azioni scandalose, se vivesse in un notorio libertinaggio, o se convivendo colla sua concubina, si fosse dichiarato padre de' di lei figli. Non si potrebbero lasciare i minori, e soprattutto le fanciulle sotto la custodia di un uomo tacciato di tali note.

» Sono egualmente esclusi coloro, la cui amministrazione provasse la loro incapacità o infedeltà 444 (367). Tale sarebbe il tutore, che si fosse posto in possesso de' beni senza inventario.

» Se la incapacità che risulta dalla mancanza di cognizione degli affari nulla ha di riprensibile di per se, colui che ha conosceza della sua incapacità, doveva almeno farli regolare ed amministrare da un mandatario capace. La negligenza, e le colpe gravi in amministrazione si approssimano al dolo.

» Coloro ai quali una sentenza in materia correzionale ha interdetto di essere tutore, o curatore. Art. 42 (27) codice de' delitti, e delle pene.

» Secondo il dritto romano, se il padre, o la madre hanno proibito di dare per tutore ai loro figli una determinata persona, questa è esclusa dalla tutela, senza che la sua riputazione ne venga a soffrire. Questa disposizione par che sia ancora nello spirito del codice civile, il quale permettendo al genitore superstite di nominare un tutore ai suoi figli, sembra di permettergli con più forte ragione di escludere una persona nella quale non ha confidenza. Ciò non di meno il silenzio del codice non permette di ammetter questa fra le cause di esclusione.

» Le cause di esclusione, o di destituzione si applicano egualmente ad ogni specie di tutela.

» In niun caso il padre o la madre esclusi, o destituiti sono privati de' dritti risultanti dalla patria potestà, la quale può essere separata dalla tutela, come noi abbiamo di già osservato. (*Vedi* §. *seg. Delvincourt*). La tutela è un peso stabilito per favore de' pupilli. La patria potestà è un dritto personale de' genitori.

» Il Codice permettendo la esclusione o destituzione de' tutori, contro i quali esistono motivi di esclusione o destituzione, non ha pronunciato contro del padre o della madre la perdita de' vantaggi, che loro accorda la patria potestà, ed i tribunali non possono ingiungere una pena, che non è stata pronunciata dalla legge.

» Del resto è ben di osservare, che non si danno altre cause di esclusione e d'incapacità, che quelle prevedute dal codice, le di cui disposizioni a questo riguardo sono limitative, e non esemplicative, senza che i tribunali possano permettersi di rimuovere dalla tutela, o dal consiglio di famiglia gl' individui, di cui la legge non ha pronunciata la incapacità, o la esclusione.

» Le persone chiamate all'esercizio di un dritto, di una carica, o di una funzione qualunque, non possono essere escluse per

ragione d' incapacità, o d' indegnità, che per una disposizione formale della legge, che nulla ha voluto lasciar in questa materia all' arbitrio de' giudici: essi non possono estendere le cause di esclusione da un caso all'altro. Per esempio, la notoria cattiva condotta, e l' infedeltà sono dichiarate dall' articolo 444 (367) cause di esclusione, o di destituzione da una tutela; quindi i tribunali hanno pieno dritto di esaminare le azioni di un tutore, e di giudicarne; ma un tal potere non é loro accordato per riguardo ai membri del consiglio di famiglia. L'art. 445 (368) non permette di rimuovere per cattiva condutta, che coloro i quali sono stati esclusi, o destituiti dalla tutela. Questo fatto di esclusione è dunque il solo, che i tribunali debbono esaminare, senza poter conoscere de' fatti che tendono ad incolpare la morale de' membri del consiglio di famiglia, i quali non possono essere esclusi, che ne' casi specialmente previsti dagli articoli 442 a 445 (365 e 368). *Toullier. Corso di dritto civile Tomo* 2. *n.°* 1164 *a* 1171.

Nel tribunale di Dijon si esaminò il caso se il fallimento e la separaziona di beni sono contra il padre una causa di esclusione dalla tutela de' figli. Con sentenza de 28 pratile anno 12 si sostenne l' affermativa.

» *Fatto*. Elisabetta Panthenier, moglie di Pietro Goin, e separata di beni, morì il dì 8 ventoso, anno 12, lasciando un figlio minore ed una pingue eredità.

» Li 13 ventoso i parenti materni si opposero avanti il giudice di pace, affinchè la tutela non fosse deferita a Pietro Goin, attesa la notoria mala condotta: i congiunti paterni all' opposto convennero tutti nel deferirgliela.

» Il giudice di pace fu anch'egli del loro avviso.

» Claudio Pauthenier ricusa la qualità di surrogato tutore a cagione della dubbia responsabilità del padre tutore, ed a motivo della impossibilità di confidare l' amministrazione de' beoi del minore a Pietro Goin.

» Quest' ultimo fa citare Claudio Panthenier in qualità di surrogato tutore, in punto di acconsentire alla rimozione de'suggelli.

» Nuovo rifiuto per parte di Panthenier.

» Ciò nulla ostante gli zii materni, a maggior cautela dell' interesse del minore, fanno citare il dì 17 fiorile Pietro Goin, in conciliazione.

» Non essendo questi comparso, gli fu accusata la contumacia. Goin. dal suo lato, fa pur esso citare Claudio Panthenier dinanzi al tribunale per udir pronunciare l'omologazione della deliberazione, e della rimozione de' sigilli.

» Gli zii fanno anch'essi citare straordinariamente Goin, ad oggetto di rispondere alle loro eccezioni e conclusioni.

» Fondavan' essi le loro ragioni su ciò, che trovandosi l'anzidetto Goin nello stato di fallimento, essendo notoria la sua mala condotta, escusso a perseguitato da lungo tempo da una folla di creditori a segno tale, che la di lui moglie per provvedere alla propria sua sicurezza, fu obbligata di chiedere la separaziona di beni, non poteva in conseguenza esser tutore, giusta l'articolo 444 (367) del codice, che esclude dalla tutela chiunque sia notoriamente marcato di mala condotta.

» Pietro Goin rispondeva, che la deliberazione doveva essere omologata a tenor delle offerte da esso fatte, cioè di prestare un'idonea cauzione pel valore del *mobiliare*: che essendo egli *tutore nato* del figlio suo, non se gli poteva levar la tutela: che quantunque si fosse trovato in fallimento, non era questo un motivo sufficiente per ispogliarnelo, perchè le leggi non lo avean prescritto.

» Che non si potea sostenere esser egli incapace di amministrare, mentre non avendo ancora operato in qualità di tutore, non si dovea giudicarlo inabile alle relative funzioni: che si poteva essere in fallimento, senza mancar di condotta: che sovente delle imprevedute disgrazie costringono l'uomo probo e irreprensibile a fallire senza sua colpa.

» Che la separaziona di beni della moglie era stata una semplice precauzione presa ad unico oggetto di porre in salvo i suoi beni.

» Ch'era d'uopo distinguere il padre nominato tutore, da un zio, a cui si conferisce una tal qualità.

» Che il primo era *tutore nato*, tutore di diritto; dovecchè l'altro non era che un tutore *eletto*, di cui la legge permette ed or-

dina ancora di esaminare la capacità e la solvibilità: che offrire cauzione era d'altronde un calmare tutti i timori, e somministrar garantia. L'assenso poi del giudice di pace mette il colmo a tutto. Associandosi egli al parere de' membri della famiglia, che conferivano la tutela al padre, toglie l'adito ad ogni reclamo, e rende impugnabile la deliberazione, in cui anch' esso ebbe parte.

» Gli zii rispondevano, che la separazione di beni, la riprensibil condotta, ed il fallimento bastavano per rendere Pietro Goin incapace: che invano quest'ultimo pretendeva che il suo fallimento non provenisse da disgrazie: che un tale stato, qualunque ne fosse l'origine, metteva in pericolo gl'interessi del minore; e che l'offerta cauzione era insufficiente.

» *Sentenza*. Questa causa presenta per quistione, se la deliberazione del consiglio di famiglia, di cui si tratta, debba essere omologata affin di eseguirla secondo la sua forma e tenore e se nell'affermativa siavi luogo a pronunciare la rimozion de'suggelli che si è chiesta da Goin il padre, colle soprabbondanti sue offerte di prestare cauzione; ovvero, se al contrario, sia questo il caso, rigettando sì fatta deliberazione e le predette offerte di Goin il padre, di ammettere le domande degli zii materni.

» Considerando, che sebbene la legge defarisca la tutela de'figli minori al genitore superstite, tuttavia questa regola generale soffra delle eccezioni: che queste eccezioni si trovano già previste dall'art. 444 (367) del codice civile.

» Quindi qual prova maggiore di riprensibil condotta, quanto la necessità in cui trovossi la moglie Goin, d'impetrare un decreto di separazione contro di suo marito? Qual' altra prova maggiore di mala condotta notoria, e di un' amministrazione che attesta la incapacità, quanto il fallimento o bancarotta di Pietro Goin, che non ha in verun modo contrastato tai fatti?

» Che invano lo stesso, come pure i parenti paterni allegarono, che il fallimento derivava puramente da perdite, e che perciò non potea formar prova di mala condotta, e che la separazione di beni non era che una misura di precauzione onde mettere in serbo i beni della consorte; imperciocchè tutto ciò non vale a resistere contro il fatto del fallimento, in cui trovasi tuttora Pietro Goin. Che sarebbe allora del *mobiliare* spettante al minore, che passato nelle mani di simil tutore, potrebb' essere facilmente divertito e sciupato? Che sarebbe in fine degli alimenti e del mantenimento del minore, se il suo patrimonio fosse affidato ad un uomo senza domicilio, senza sussistenza, ch'è ancora in istato di fallimento aperto, ed a cui fu levata l'amministrazione de' beni di sua moglie?

» Tutti questi motivi sembravano più che bastanti a rigettare la deliberazione del 13 ventoso, ed ordinarne una nuova, malgrado l'offerta cauzione di Pieto Goin, alla quale non si può avere alcun riguardo, tanto per le surriferite ragioni, quanto perchè Pietro Goin non nominando il suo fidejussore, vi è luogo a dubitare della solvibilità del medesimo.

» Per siffatti motivi - il tribunale, senza avere alcun altro riguardo, ec.

» Facendo ragione sulla opposizione delle parti difese da Gauthier alla deliberazione del 13 ventoso, la quale rimane come non avvenuta, ordina in conseguenza, che sarà convocata tra i parenti paterni e materni del minore Goin una nuova assemblea, o consiglio di famiglia, onde procedere alla nomina di un tutore al predetto minore, tutt'altri però che l'anzidetto Goin padre.

» §. 45. Qualunque individuo che sarà
» stato escluso o rimosso da una tutela non
» potrà essere membro di un consiglio di fa-
» miglia. *Art.* 368. *Leg. civ.*

» Ogn' individuo escluso non può esser membro del consiglio di famiglia nella tutela del minore di cui si tratta, dice Toullier; ma può ben esserlo in certi casi: in un'altra tutela, per esempio, ove non fosse stato escluso, che per causa di una lite col minore. *Toullier. Corso di dritto civile tomo* 2. *num.* 1168.

» Si è messo in quistione, al dir poi di Delvincourt, se il padre escluso dalla tutela potesse conservare la patria potestà. Alcuni autori, nel numero dei quali è il signor *Proudhon*, hanno deciso affermativamente. Ma la

tutela non è essa l'incarico di aver cura della persona e de'beni del minore? Ed io domando, allorchè un padre vien privato soprattutto per una disposizione penale di questo dritto su i proprj figli, sopra di che potrà esercitarsi la sua potestà? D'altronde i dritti del tutore sono meno estesi di quelli dal padre; e quando la legge ha giudicato il padre incapace di esercitare i dritti di tutore, come può credersi ch'essa gli abbia lasciati quelli della patria potestà? È certo infine che il padre escluso o destituito dalla tutela non potrebbe neanche esser chiamato al consiglio di famiglia, che sarebbe convocato per deliberare sugl'interessi de'suoi figli: articolo 445 (368). E si vorrebbe ch'egli solo potesse esercitare i dritti della patria potestà!

» Ma *quid* riguardo al matrimonio? Bisogna rapportarsi su quest'oggetto a ciò che dicemmo nel tit. *del matrimonio*. Certamente il matrimonio contratto col solo consenso del padre escluso o destituito dalla tutela, non potrebbe essere impugnato; ma se il matrimonio non avesse avuto luogo, e che vi fosse stata opposizione dalla parte della famiglia, io credo che il giudice avrebbe dritto di statuire sul *quid utilius* in favore del figlio.

» Notate inoltre, che parlando della patria potestà io non intendo parlare che dei dritti sulla persona; in quanto all'usufrutto legale, il padre o la madre possono averlo senza esser tutori. Essi non amministreranno, e 'l tutore verserà nelle di loro mani tutto ciò che resterà delle rendite dopo il pagamento di tutte le spese a carico di questo usufrutto. *Delvincourt. Corso di codice civile tom.* 3. *nota* 113. *al tit.* 10.

» §. 46. Quando si farà luogo alla rimo-
» zione del tutore, sarà questa pronunciata
» dal consiglio di famiglia convocato ad istanza
» del tutore surrogato, o di uffizio dal giudice
» di circondario.

» Questi non potrà dispensarsi dall'ordi-
» nare tale convocazione, quando gli sarà
» formalmente richiesta da qualche congiun-
» to o affine. *Art.* 369. *Leg. civ.*

Appresso i romani, osserva Maleville, l'accusa del tutore sospetto era pubblica, e permessa a chiunque, anche a certe donne, come la madre, l'ava, la sorella, la nutrice del pupillo. *L.* 1. *D. de suspec. tut.* ma fra noi il ministero pubblico fa quello ch'era solito di fare la moltitudine; e tutto al più nel determinato caso i prossimi parenti del pupillo ne promoveranno l'accusa. L'articolo attuale, e l'articolo 449 (372) lasciano pure il dritto dell'accusa ai parenti, lo che risulta più chiaro ancora dalle riflessioni che furon fatte, quando si discussero amendue questi articoli. *Maleville. Osservaz. all'art.* 446. *del cod. civ.*

Vedi. *Consiglio di famiglia* 5. *Caso*. Decisione della corte di appello di Parigi.

» §. 47. Qualunque deliberazione del con-
» siglio di famiglia che pronuncierà la esclu-
» sione o la destituzione del tutore, ne e-
» primerà i motivi, e non potrà esser pre-
» sa se non sentito o citato il tutore. *Art.*
» 370. *Leg. civ.*

Su la discordanza nelle deliberazioni del consiglio di famiglia sono date le disposizioni dall'articolo 960 del rito civile. Vedi - *Consiglio di famiglia* §. 3.

,, §. 48. Se il tutore aderisce alla delibe-
,, razione ne sarà fatta menzione, ed il nuo-
,, vo tutore assumerà immantinente le sue
,, funzioni.

» Se reclama, il tutor surrogato dimande-
» rà l'omologazione della deliberazione in-
» nanzi al tribunale civile il quale deciderà,
» salva l'appellazione.

» Il tutore escluso o rimosso può egli stes-
» so in questi casi chiamare in giudizio il tu-
» tor surrogato, per ottenere la dichiarazio-
» ne di essere mantenuto nella tutela. *Art.*
» 371. *Leg. civ.*

Chi amministerà durante questo giudizio?

» La legge, risponde Delvincourt, non si è spiegata su quest'oggetto. Pare difficile il supporre che l'antico tutore possa continuare ad amministrare. D'altronde il nostro articolo sembra decidere che il nuovo tutore non debba entrare in funzione che quando l'antico abbia aderito alla deliberazione. In Roma la sola accusa bastava ad allontanare il tutore dall'amministrazione. In tutti i casi, e conformemente all'articolo 135 (226) del codice di procedura, potrà ordinarsi la esecuzione provvisoria con decisione del consi-

glio. **Delvincourt. Corso del cod. civ. nota 123. al tit. 10. tomo 3.**

Vedi ancora il §. seg.

Nella corte di appello di Orleans cadde in esame il dubbio se il surrogato tutore trascura ovvero ricusa di procedere per l'omologazione del parere del consiglio di famiglia, il quale porta la destituzione del tutore, i parenti abbiano dritto di farlo? Affermativamente fu deciso a pratile anno 12.

» *Fatto*. I minori Doucet avevano un tutore sospetto di malversazione.

» Sopra la domanda di Braquemont loro avolo, esso viene destituito in forza di deliberazione del consiglio di famiglia.

» Siccome tal deliberazione rimaneva ineseguita, per mancanza di omologazione, Braquemont lo assoggetta egli medesimo al tribunale per soddisfare a tal formalità.

» Allora il surrogato tutore si presenta, e sostiene che ad esso solo appartiene di domandare l'omologazione.

» Il tribunale civile d'Orleans, visto l'art. 448 (471) del codice civile... dichiara non ammissibile l'avolo nella sua domanda.

» Braquemont interpone l'appellazione da questa decisione.

» È intender male, egli diceva, l'art. 448, supponendo che conferisca al surrogato tutore il diritto *esclusivo* di domandare l'omologazione di un sentimento de' parenti, che concerne la destituzione di un tutore. Per verità, in forza di queste parole: *il surrogato tutore procederà*, la legge gl'impone l'obbligo di agire; ma se non lo adempie, bisogna certamente che i parenti abbiano il diritto di farlo.

» Diversamente la fortuna de' minori potrebbe essere dilapidata impunemente da quel medesimo, il quale è incaricato di conservarla. Indarno de' parenti zelanti e vigili avrebbero pronunziata la destituzione di un tutore infedele; egli continuerebbe a malversare sotto i loro occhi, finchè piacerebbe al surrogato tutore di rimanere nella inazione sia per negligenza, o mala fede!

» Una tale pretensione è ridicola. Secondo il vero senso dell'art. 448, il surrogato tutore è *tenuto*; ma in sua mancanza, i parenti debbono avere la facoltà di domandare la omologazione della loro deliberazione

» Nel caso, sono scorsi nove mesi dopo la destituzione del tutore, e non ostante, continua la sua amministrazione. È dell'interesse de' minori, del dovere de' parenti e de' giudici di far cessare prontamente un abuso cotanto funesto.

» Il surrogato tutore persisteva a dire che, a' termini dell'art. 448, egli *solo* aveva qualità per far omologare la deliberazione di cui si trattava. Che conferendogli *specialmente* questo diritto, il citato articolo lo aveva tolto per ciò a qualunque altro. Che del rimanente, essa lo ha incaricato di agire ogni volta che gl'interessi del tutore sono opposti a quelli de' minori, art. 420 (342).

» Per discolparsi dal rimprovero di negligenza, il surrogato tutore proponeva la eccezione risultante dagli atti che aveva fatti dopo l'introduzione dell'istanza.

» La corte

» Considerando, che sono decorsi nove mesi dopo il parere del consiglio di famiglia, fino alla domanda dell'avolo; che nell'assoluto silenzio della legge relativamente al caso di negligenza del surrogato tutore, non può essere negato al più prossimo parente che ha provocata la destituzione, di domandarne l'omologazione, e che ciò risulta dallo spirito dell'art. 449 (372) il quale attribuisce a' parenti che avranno richiesta la convocazione, il diritto d'intervenire.

» La corte annulla l'appellazione, e ciò su cui si verte. Facendo ragione nel merito, omologa il parere de' parenti.

Vedi *Dritti civili* §. 17 decisione della corte di appello d'Agen de' 16 frimale anno 13.

Sul modo di procedere vedi, *Consiglio di famiglia* §. 3.

» §. 49. I parenti o affini che avranno » domandato la convocazione, potranno in» tervenire nella causa che verrà istituita, e » giudicata come affare di urgenza. *Art.* 372. » *Leg. civ.*

Pendente il giudizio della rimozione del tutore è questi interdetto ad amministrare i beni del minore? L'imperatore Gordiano decide per l'affermativa.

a Eum quem ut suspectum tutorem vel curatorem accusas, pendente causa cognitionis abstinere ab administratione rerum tuarum donec causa finitur praeses provinciae jubebit. Alius tamen interea in locum ejus in administratione rerum ordinandus (*scilicet curator*) est. *L. 7. Cod. de suspectis tut. vel cur.*

Casus. Tutor pendente actione de suspecto, non debet administrare, sed alius interim qui rem pupilli administrabit subrogabitur. *Vivianus.*

Fabro in sostenere il medesimo avviso, ricerca un concorso d'indizj sul tutore sospetto onde questi sia rimosso, non essendo bastevole la sola accusa contro di lui.

a Pendente cognitione suspecti constat quidem removendum esse tutorem, aut curatorem ab administratione: sed hoc ita accipiendum est, si contra tutorem suspicionis indicia aliqua proponantur: alioqui sola accusationis allegatio non sufficit, ne calumniae occasio datur. Itaque litem super allegatis suspicionis causis contestatam esse necesse est prinsquam removeatur. Porro quemadmodum suspectus ille est, qui in re pupilli aut minoris male versatur, ita male versari credendus est, quisquis SC. quod ad divi Severi orationem factum est, rem immobilem sine decreto alienat. Nemo enim dubitat quin male fiat quicquid fit contra leges. Ita Senatus ex tempore 11. cal. jun. 1590. Et rursum in relationibus libellorum pro tutore liberorum N. Neyton 18. cal. dec. 1590. *Cod. Fabrianus lib.* 5. *tit.* 26. *definitio* 2.

» Il codice, osserva Maleville, non offre alcun lume per risolvere una questione che spesso si presenta su questo proposito; cioè se convenga lasciare l'amministrazione al tutore, che il consiglio di famiglia ha dichiarato sospetto. Nella presente sezione non se ne parla nè punto nè poco; ed il non aver preveduto quest'ordinario caso può essere di grave momento. Nulladimeno, come il tutore può gravarsi del giudizio del tribunale di prima istanza che lo spoglia della tutela, così fa mestieri sapere, che secondo la *L. 7. Cod. de suspectis tut.* ed il §. 7. *Inst. eod.* quando il tutore è denunciato gli è interdetta l'amministrazione. Fabro nel suo codice *lib.* 5. *tit.* 26. *def.* 2. è similmente del medesimo avviso. Esige però che vi siano contro il tutore de'sospetti fondati, il giudicar de'quali sta onninamente nell'arbitrio dei giudici. *Maleville Osservaz. all' art.* 449. *del cod. civ.*

Dell' amministrazione del tutore

a §. 50. Il tutore avrà cura della persona » del minore, e lo rappresenterà in tutti gli a atti civili.

a Amministrerà i di lui beni da buon pa- a dre di famiglia, e sarà risponsabile di ogni a danno, ed interesse che potesse risultare a da una cattiva amministrazione.

a Non potrà comprare i beni del minore, a nè potrà prenderli in affitto, salvo che il a consiglio di famiglia abbia autorizzato il tu- » tor surrogato a fargliene l'affitto, nè potrà a accettare la cessione di alcuna ragione o a credito contra del suo pupillo. *Art.* 373. a *Leg. civ.*

Su la cura che il tutore dee avere della persona del minore si osserva con Paolo rimaner essa compresa nel medesimo incarico.

a Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa (*idest vi et potestate*) nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores quasi tuitores, atque defensores; sicuti aeditui dicuntur qui aedes tuentur *L.* 1. *D. de tutelis.*

Quindi è particolare officio del tutore, al dir di Marcello, non lasciare indifeso il pupillo.

» Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat. *L.* 31. *D. de administrat. et peric tut. vel cur.*

Casus. Inter alia quae tutor habet facere, istud est praecipuum quod defendat pupillum cum aliquis agit contra eum. *Vivianus.*

Intorno all'amministrazione dei beni pupillari insegna Callistrato essere il tutore obbligato di far quello che il più diligente padre di famiglia viene ad operare.

» A tutoribus, et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.

L. 34. *D. de administratione et peric. tutor. et curat.*

Casus. Ita debet administrare tutor res pupilli, sicut facit aliquis bonus paterfamilias res suas. »

In riguardo alla vendita dei beni del pupillo vietata al tutore, Ulpiano dettò la medesima dottrina, distinguendo però il caso del contratto eseguito con mala fede, e per interposta persona, dal contratto autorizzato dal contutore, o confermato dal pupillo divenuto maggiore.

» Item ipse tutor et emptoris et venditoris (*ut quis emat ab eo se authore: sunt enim haec correlativa, emptor, et venditor, et alius debet esse emptor, et alius venditor ut de rerum permut. L.* 1.) officio fungi non potest. Sed enim si contutorem habeat cujus auctoritas sufficit, proculdubio emere potest. Sed si mala fide (*Praesumpta, ut quia se authore emit: alii referunt ad proximum, quando emit authoritate contutoris; et dicunt mala fide in eo quod pretio minore, vel sciens rem alienam*) emptio intercesserit, nullius erit momenti, ideoque nec usucapere (*Hoc intelligas, cum res aliena emebatur a pupillo; alias frustra poneret de usucapione. Sed contra inf. pro empt. L.* 2. *§. tutor. Sol. ibi tenuit emptio, quia authoritate contutoris; vel dic palam, et bona fide, quod hic non fuit. Item intelligas hoc nisi, palam forte, et bona fide hic authoratur sibiipsi secundum Jo. ar. inf. §. sane et sup.* 1. *non existimo, et cod. de contrah. empt. L. cum ipsa*) poterit. Sane si suae aetatis factus comprobaverit emptionem, contractus valet. Sed si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit; quia non bona fide videtur rem gessisse, et ita est rescriptum a divo Severo et Antonino. Sane si ipse quidem emit palam, (*Scilicet tutor a pupillo se authore palam praestando authoritatem, et bona fide, et ita in hoc casu praestat in re sua authoritatem*) dedit autem nomen non mala fide simpliciter (ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi) valet emptio. Quod si callide, idem erit ac si per interpositam personam emisset (*quo casu non valet*). Sed si creditor pupilli distrahat, aeque emere bona fide poterit. Si filius tutoris, vel quae alia persona juri ejus subjecta emerit; idem erit ac si ipse emisset. *L.* 5. *§. ult. D. de Authoritate et consensu tut. et cur.*

Finalmente per la cessione di alcuna ragione o credito contro del pupillo, anche vietata al tutore di accettare, sono dettate uniformi disposizioni da Giustiniano.

» Sed et si actionis cessionem adversus minorem suscipiat (*durante cura, vel ea finita*) nec post cursam quidem depositam ea permittitur; uti nec is qui cesserit agere debet cum in lege commiserint, licet cessio pro justis causis facta sit, sed minor lucrabitur. His volentibus in omni cura, prodigorum forte, aut furiosorum, aut dementium, et omnium quas introducunt leges. *Authentica Minoris ad L.* 8. *cod. qui dare tut. vel curat. possunt.*

Osserva Maleville che » l'incarico del tutore riguarda principalmente la persona del minore ed in secondo luogo i beni del medesimo. L'articolo dice in generale che il tutore prenderà cura della persona. Il dritto romano e gli autori che sul dritto romano versarono entrano in molte particolarità su l'oggetto, ed arrestauo innanzi ad ogni altra cosa la loro attenzione sopra quelle persone cui dee il pupillo essere confidato; imperciocchè egli non ha sempre a starsene in casa del tutore, nè esser quivi sempre nudrito, ed allevato *L.* 1. *D. ubi pupillus educ. deb.*; molto meno dee lasciarsi in balia di taluno, al quale possa per avventura interessare la morte di codesto fanciullo: *non temere judex decernit educatorem eum qui pupilli successionem sperat. L. ult. cod. eod.* Preferivasi la madre vedova, quando il padre non aveva altrimenti disposto. Il tutore era inoltre espressamente incaricato di allevare il pupillo in qualche arte o professione secondo la sua qualità *L.* 2. *e* 4. *D. eod.* Or convien dire che il codice nostro rimette, senza farne motto, tutte queste e molte altre cure alla prudenza del consiglio di famiglia; ed in vero anche per lo innanzi in così fatte questioni si consultava la opinione de' parenti, e col voto loro si deliberava.

» Il nostro articolo dice nel fine. *Nè accettare la cessione* conforme all' *auth. mino-*

ris. Cod. qui dare tut. Questa disposizione ha per oggetto d'impedire, che i tutori non sopprimano quei documenti che potrebbero servire alla difesa del minore. *Ne tutores minorum instrumenta subtrahant.* Vedi su di ciò l'articolo 1596. (1441.) del codice. *Malcville. Osservaz. all'articolo 450. del cod. civile.*

Il tutore può accettare la cessione di alcun credito o ragione contro di lui? Delvincourt osserva su di ciò che » presso i romani tutto era annullato, la cessione e l'obbligazione ceduta, e'l pupillo era libero *Nov. 72. cap.* 5. E ciò era fondato su varie ragioni. Prima di tutto il cedente non poteva più esercitare l'azione poichè l'aveva abbandonata in favore del tutore. Il cessionario aveva trasgredita la legge; *et nemo ex delicto suo debet consequi actionem.* Ne risultava che il pupillo era liberato, non già, a vero dire, per l'estinzione dell'obbligo, ma perchè nessuno poteva agire per la esecuzione. Sarebbe lo stesso presso di noi? Io lo crederei tanto più volentieri quanto che vi sono le stesse ragioni, e che d'altronde l'articolo 451 (374) pronunzia la decadenza contro il tutore, il quale abbia solamente omesso di dichiarar nell'inventario il suo credito. Or l'uno non è più colpevole dell'altro. Era questo ancora l'avviso del signor *de Lamoignon* nelle sue ordinanze.

» Il tutore potrebbe farsi fare una simil cessione mediante l'autorizzazione del consiglio di famiglia? Io non lo credo. Ogniqualvolta la legge si è contentata di esigere questa autorizzazione per la validità dell'atto, lo ha espressamente dichiarato.

» *Quid*, se il tutore, creditore egli stesso del suo pupillo, abbia fatto uso della facoltà accordatagli dall'articolo 1251 (1204), di rimborzare cioè un creditore a lui preferibile nell'ipoteca; potrà aver luogo in suo favore la surrogazione legale? Io son d'avviso che sì, tranne il caso della frode. Non credo, che l'articolo 450 (373) possa applicarsi a questo caso; e ciò argomentando dall'articolo 1701 (1547) il quale porta che le disposizioni dell'articolo 1699 (1545) relative all'acquisto de' dritti litigiosi, debbono cessare ogni volta che può supporsi nel compratore un motivo diverso da quello di acquistare un dritto litigioso. Dunque, *a pari* la disposizione dell'articolo 350 deve cessare quando si può supporre nel tutore un altro motivo diverso da quello di acquistar un credito sul suo pupillo. Sarebbe lo stesso, per un motivo più forte, se si fosse surrogato ad un credito contro il minore per conseguenza del rimborso ch'egli ne avesse fatto, sia come obbligato solidale, sia come fidejussore. *Delvincourt. Corso di codice civile tom.* 3. *nota* 146 *al tit.* 10.

La corte di appello di Brusselles con decisione de' 11 fiorile anno 13 dichiarò a favore della moglie l'amministrazione della comunione quando il marito fosse interdetto.

» *Fatto.* Elisabetta Hannaert e Giovanni Tongries si maritarono a Lovanio, già da circa 40 anni.

» Essi presero in affitto la fabbrica di Birra, chiamata la *Cor*, la di cui impresa ebbe un tal successo, che ne fecero la compra. Essi accrebbero le fabbriche, nelle quali vi formarono una fabbricha di birra di ginepro.

» Di ragione della comunione vi sono attualmente delle somme considerevoli, oltre una gran quantità di crediti da esigersi.

» Da sentenza del 6 frimale, anno 13. Giovanni Tongries fu interdetto, per demenza e furore.

» Giuseppe Everaerts fu nominato suo amministratore provvisorio.

» Si convocò un consiglio di famiglia. Il signor Maloique, uomo di legge, rappresentante la signora Tongries, reclamò a di lei favore la tutela; protestò contro qualunque nomina contraria.

» Enrico Overstyns, cognato dell'interdetto, diceva che, a termini dell'art. 507 del codice civile, il consiglio di famiglia aveva la facoltà di nominare la moglie, ma che poteva altresì scegliere un'altra persona più capace di amministrare.

» Il consiglio di famiglia nominò il signor Carlo Vandenbusche tutore alla persona ed a' beni dell'interdetto, ed il signor Tommaso Huygens surrogato tutore.

» Stabilì inoltre che li capitali esistenti o da esistere, sarebbero impiegati, in concorso colla signora Tongries, in beni stabili o

in rendite, e che siffatti impieghi avrebbero in tutti i casi a riguardo dell'attrice e di suo marito, la natura di beni immobili.

» La signora Tongries credendosi pregiudicata dalle risoluzioni del consiglio di famiglia, citò il tutore ed il surrogato tutore innanzi al tribunale di Lovanio, vi protestò la nullità contro le loro nomine, domandò che le fosse conferita la tutela.

» Sussidiariamente, che ella fosse autorizzata a convocare un consiglio di famiglia ovvero di amici, composto di altre persone, eccettuate quelle della prima assemblea, affin di procedere alla nomina del tutore e del surrogato tutore, conformemente al codice civile. »

» Sussidiariamente ancora, acciò fosse pronunciato che la sorveglianza e l'amministrazione ordinata dal consiglio di famiglia, sia circoscritta alla persona dell'interdetto ed ai beni che egli potrebbe avere, tranne quelli le di cui rendite appartengono alla comunione sussistente tra essa e suo marito; e per conseguente, che l'amministrazione della detta comunione, ed il suo impiego de' danari che vi esistono, le siano confidati, come avente sola il diritto di amministrare gli affari della comunione, durante l'interdizione del marito. »

» L'11 piovoso, anno 13, sentenza che dichiara la signora Hannaert non ammissibile, nè fondata ne' due punti delle sue conclusioni sussidiarie.

» Ordina che siano rimossi i sigilli.

» Che si stenda inventario in presenza del giudice di pace e delle parti, degli effetti, del denaro, de' mobili e generalmente di tutto ciò che appartiene all'interdetto ed alla comunione.

» Che dopo che sarà inventariato il danaro, sia rimesso sotto sigillo dal giudice di pace, non ostante qualsivoglia opposizione.

» Che abbia luogo lo stesso de' danari che deriveranno dai crediti attualmente scaduti.

» Che li detti danari siano impiegati in acquisti di beni stabili.

» Deferì l'amministrazione della comunione all'attrice, autorizzandola a quest'oggetto, egualmente che a stipulare gli effetti, la di cui durata non ecceda i nove anni, a percepirne le rendite, ed a rilasciarne le quietanze, a fare tutti gli atti, i quali non sono che di pura amministrazione, coll'obbligo dalla parte dell'attrice, di rimettere al tutore, di anno in anno, degli stati di situazione della sua amministrazione, e di rilasciargli la metà di tutte le rendite qualunque, onde questa metà sia impiegata dal tutore, conformemente a ciò che regolerà il consiglio di famiglia, a termini dell'art. 510 (433) del codice civile.

» Appellazione dalla parte della signora Hannaert, e de' convenuti incidentemente.

» Circoscrisse la prima le conclusioni che aveva dedotte nel principio, in ciò che tendevano alla nullità della nomina de' convenuti, come tutore e surrogato tutore, ed affinchè ella fosse nominata tutrice di suo marito. Si limitò a domandare l'amministrazione della comunione conjugale, e soddisfaccendo a tutti i pesi, e pagando tutto ciò che sarà necessario pel mantenimento, ristabilimento, e mitigazione della sorte di suo marito; e di più, comperando de' beni stabili co' denari attualmente in cassa, e con quelli da percepirsi dalle azioni e da' crediti; colle esibizioni che ella fa di concertarsi per dette compre con i convenuti, nella loro qualità di tutore, ed anche di prestare fidejussione per la sua amministrazione, se la corte trova a proposito di ordinarla ad essa.

» I convenuti dissero, che non volevano privare la signora Tongries del concorso dell'amministrazione per ciò che concerne la parte della comunione, ma che credevano la divisione fatta dal primo giudice, a riguardo de' diritti derivanti dalla tutela, egualmente ingiuriosi al loro onore, che pregiudizievole agl' interessi del marito.

» Che la tutela essendo deferita di diritto al primo intimato, tal nomina importava *ipso jure*, a termini dell'art. 440 (362) del codice, tanto la cura della persona del minore, quanto l'amministrazione de' suoi beni.

» Se l'art. 497 (420) deferisce anche al tutore *provvisorio* la cura sopra la persona e sopra i beni, come succede egli mai che il giudice *a quo* non abbia lasciato al tutore *definitivo*, all'uomo investito della confidenza della famiglia, ciò che la legge accorda all'agente temporaneo che delega il magistrato?

» Qui non si può togliere al tutore nomi-

n lo uno degli attributi essenziali della sua tutela, senza delle maggiori considerazioni, ed anche senza lasciar formare contro di lui de' sospetti ingiuriosi al suo onore.

» *Nota*. La signora Tongries cessa di vivere prima della sentenza definitiva: ciò posto, i convenuti sostengono, che la causa è senza oggetto, e che non vi è più luogo a pronunciare.

» Il sig. Tarte, sost. proc. gen. osservò che la morte di una delle parti non poteva sospendere la pronunciazione della decisione. Conseguentemente conchiuse che la corte pronunciasse come se non fosse avvenuta la morte della signora Tongries.

» La corte, conformemente a questa opinione, dichiarò che non vi era luogo ad ammettere la domanda de' convenuti.

» In fine sul merito si è pronunciata la decisione segnente.

» Considerando, che il marito non è amministratore della comunione conjugale, se non in quanto e fin tanto che gode delle sue facoltà intellettuali.

» Che in forza della sua interdizione, è provato che è incapace di amministrare.

» Che ne risulta, che questa amministrazione deve ricadere sopra l'altro membro capace di amministrare.

» Considerando, che le parti hanno conchiuso concordemente ad applicare in immobili i danari che si trovano nella comunione, e quelli del pari che devono rientrarvi; che in conseguenza, non si tratta che di giudicare conformemente alle loro conclusioni.

» La corte

» Annulla l'appellazione, e ciò sopra cui essa verte; emendando, dà atto, ec.

» Aggiudica alla signora Tongries l'amministrazione della comunione conjugale tra lei e suo marito, coll'obbligo dal suo canto di soddisfare a tutti i pesi relativi ad essa, prestando nondimeno fidejussione per la detta sua amministrazione.

» Dichiara che tutte le somme appartenenti alla riferita comunione, tanto quelle rientrate in cassa, quanto quelle da esigersi, sono tenute come immobili tra i nominati conjugi, e saranno impiegate in acquisti di beni stabili, concertandosi dalla parte di detta appellante con i convenuti, nella loro qualità di tutori all' interdetto.

§. 51. » Ne' dieci giorni che seguiranno » quella della sua nomina da esso debita» mente conosciuta, farà istanza acciocchè » vengano tolti i suggelli nel caso in cui » fossero stati apposti, e farà immediata» mente procedere all' inventario de' beni del » minore in presenza del tutore surrogato. » Se a lui è dovuta qualche cosa del minore » dovrà farne la dichiarazione nell' inventa» rio, sotto pena della perdita delle sue ra» gioni; e tal dichiarazione si farà sulla » richiesta che il pubblico ufiziale sarà te» nuto di fare allo stesso tutore, e di cui » sarà fatta menzione nel processo verbale » *Art.* 374. *Leg. civ.*

Corrisponde al rescitto degl' imperatori Arcadio, ed Onorio.

» Tutores vel curatores mox quum fuerint ordinati (*adita tamen hereditate intra tempus statutum*) sub praesentia pubblicarum personarum (*idest tabulariorum*) inventarium rerum omnium, et instrumentorum solenniter facere curabunt (*alioquin ut suspecti removerentur*). Aurum, argentumque, et quicquid vetustate temporis non mutatur (*facile ut metalla*, *marmorea*) si in pupilli substantia reperiatur, in tutissima custodia collocent: ita tamen ut ex mobilibus aut praedia idonea comparentur, aut *si* forte (ut assolet) idonea non potuerint inveniri, juxta antiqui juris formam, usurarum crescat accessio; quarum exactio ad periculum tutorum pertinet. *L.* 24. *cod. de administrat. tut. vel curat.*

Casus. Tutor vel curator statim ex quo dati sunt debet facere inventarium in presentia tabellionis, in quo debent scribere omnes res, et omnia instrumenta quae inveniuntur in hereditate pupilli: et aurum, et argentum debet in securo loco reponi, et de mobilibus rebus debent comparare praedia, et si idonea praedia non inveniantur, pecunia dabitur ad usuras. *Vivianus*.

Perizio riunisce le sue osservazioni sul diverso dritto in rapporto alla specie.

» Augentur pupillaria bona collocatione pecuniae acquisitae; quapropter tutor, vel curator cogebatur olim pecuniam pupillarem

foenori dare, aut praedia inde comparare, alioqui in usuras pecuniae tenebatur, si modo per duos menses neglixisset hanc collocare *L.* 15. *D. et L.* 24. *h. t.* At hodie novo jure neutrum cogitur tutor facere, sed officio suo satisfacit, si pecuniam diligenter custodiat, vel deponat » *Novel* 72. *Auth. novissime h. t.* cum experientia doceat, quam difficile sit pecunias tuto, atque idoneis hominibus credere.

» Sed quid si universa pupilli substantia sit mobilis nec habeat unde alias se sustentet? Certe hoc casu tutor pecuniam vel foenori dare, vel ad praediorum emtionem collocare tenetur, ut ex lucro imcrementoque sortis pupillus sustentari possit, d. *Novel* 72. *cap.* 7. Ceterum jure canonico, cum ne quidem ut piae caussae subveniatur; permissum sit pecuniam foenori dare, *L.* 4. *D. de usu*, nec etiam hoc casu id licebit, maxime cum possit pecunia in emtionem praediorum collocari, aut aliud honestum ac securum lucrum ex ea percipi. Qui omnes, revocato in usum veteri jure, introductum esse volunt, ut tutorea licito lucro pecuniam pupillarem foeneri secundum morem regionis exponere, vel in emtionem praediorum collocare, et si hoc neglexerint, usuras, vel id quod interest, pupillis refundere teneantur.

» Quibus assentior, cum hoc tamen moderamine, si tota pupilli substantia consistat in pecunia et ingens sit ejus summa, quam otiosam habere non convenit; secus si modica sit, ut tum non teneantur tutores eam applicare, aut reditus ex ea comparare, sed officio suo satisfaciant, pecuniam conservando pro alimentis pupillorum *L.* 5. *D. h. t.* ubi si tam exigua tutela probatur, ut ex nummo refecto praedia pupillis comparari non possint, deposito cessat. Similiter frumenta, oleum, fructus non coguntur tutores servare ad tempus, quo carius vendantur, cum illud sit incertum, vel alio res istas transportare, quia muneri suo faciunt satis, faciendo quod bonus paterfamilias facere solet, *lib. ult. in fin. hoc tit.* Ubi permittitur tutoribus, ejusmodi species sine decreto distrahere justo pretio, quod in locis, in quibus venditio celebratur, tunc temporis noscitur abstinere. *Pertio Praelect. in lib. V. tit.* 37. *Cod. de administratione tutorum ec. n.* 12. *ad* 14.

La mancanza dell' inventario in persona del tutore, al dir di Giuliano, costituisce il suo dolo; menocchè qualndo ne dimostri il legitimo motivo, che glie lo abbia impedito.

» Tutor qui repertorium (*sic dictum est, quia reperta continet, et inventarium, quia inventa in bonis pupilli ibi describuntur, et debet fieri mox cum commode fieri potest, licet aliter alii dicant, et in praesentia tabellionis et judicis ut cod. cod. L. tutores, et fict una vice; et si quid addetur bonis, iterum addetur inventario et scribetur dies*) non fecit, quod vulgo inventarium appellatur; dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria, et justissima causa alligari possit cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id quod pupilli interest (*propter res, et causas amissas*) quod ex jurejurando in litem aestimatur. Nihil itaque gerere ante inventarium factum eum oportet; nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit» *L.* 8. *D. de administ. et per. tut.*

» Agitavasi vivamente altre volte la questione, osserva Maleville, se il tutore fosse sciolto dall' obbligo di fare inventario, allorchè il padre non ve lo costringeva o anche glielo proibiva. La legge ultima §. 3. *Cod. arbitrium tutelae* si attiene espressamente all' affermativa, ma gli autori sono di varia opinione, e varie pur sono le sentenze. Dicevasi quindi che sani, ed efficaci motivi avevano potuto indurre il padre a non isvelare lo stato degli affari suoi: si rispondeva, che una cieca fiducia del padre nel tutore potea recare non lieve nocumento agl' interessi de' figli (*Vedi Despeisses e gli autori da lui citati tomo* 1. *pag.* 509. *Henris tomo* 1. *lib.* 4. *quest.* 112. *Boutaric*, *e Serres Inst.*

» Non si negava però generalmente che laddove il padre avesse fatto egli medesimo un inventario dei beni, e di questo peso ne avesse liberato il tutore, non vi era ragione di obbligare il tutore medesimo a fare un altro inventario. L'articolo nostro tronca ogni questione, nè vuole in nessun caso dispensato il tutore da quest' obbligo.

» Per rispetto all'ultima parte dell'articolo si osservò, ch'era inutile il costringere il tutore a dichiarare quella somma, di cui egli andasse creditore; imperciocchè sarebbe sempre tenuto di presentare il titolo del credito; ma fu risposto che facea mestieri l'impedire al tutore di recare innanzi una seconda volta il suo credito, sopprimendo la ricevuta di pagamento, ch'egli avesse rilasciato come tutore. *Maleville. Osservazione all'articolo* 351 *del cod. civ.*

La dimenticanza del notaro d'interpellare il tutore su i crediti che può avere contro il pupillo, produrrà la immunità della pena pronunciata per mancanza di dichiarazione?

» Si può senza esitare, dicono gli autori delle pandette francesi, rispondere di no. La obbligazione è direttamente imposta al tutore. La domanda dell'ufiziale non è che una cautela dippiù presa dalla legge. Il dovere del tutore esiste indipendentemente da questa interpellazione. La mancanza di farla può dar luogo ad un ricorso contro il notaro per parte del tutore, il quale non sarebbe incorso in questa perdita, se fosse stato avvertito. Ma questa perdita non cessa di essere un acquisto pel minore.

» *Egli dovrà* dice le la legge. Quindi è al tutore che parla dal principio: a lui direttamente, comanda di dichiarare nell'inventario i crediti che può avere contro il suo minore.

» Inoltre si dee osservare, che la voce *dovuto* non si restringe alle somme di denaro, anzi si applica a tutte le specie di dritti o di reclami, che il tutore può sperimentare contro il pupillo. *Osservaz. all' art.* 451 *del cod. civ.*

» Il primo dovere del tutore, dice d'altronde Toullier, è di far verificare la natura e quantità de' beni de' quali gli è affidata l'amministrazione. Se i suggelli non fossero stati apposti prima della sua nomina, egli deve affrettarsi a domandarne l'apposizione. Se sono stati apposti, ne' dieci giorni successivi a quello della sua nomina deve fare istanza, onde vengano tolti, e fare immediatamente procedere all' inventario de' beni del minore in presenza del tutor surrogato, 451 (374).

» L'inventario è un atto autentico contenente il dettaglio di beni della successione, de' mobili, effetti, mercanzie, argento contante, crediti, biglietti, titoli, e carte lasciate dal defunto; è in una parola il quadro della successione.

» È dall'inventario, che il tutore deve cominciare la sua amministrazione. Egli nulla può far prima, eccetto quegli atti che non possono essere differiti. L'inventario è il fondamento del conto della tutela, ed il titolo che giustifica quello di cui il tutore è stato incaricato, sopra del quale è fondato il primo articolo dell'esazione nel conto che deve rendere. Egli è in virtù della rimozione de' sigilli e dell'inventario, il quale dee seguire immediatamente che il tutore riceve dalla giustizia i beni che deve amministrare, e de' quali deve render conto.

» L'inventario quindi deve essere esatto, fedele, e completo; e contenere tutti i beni; e vi si dovranno riportare anche tutti gl' immobili; imperciocchè il non riportarveli, potrebbe dar luogo a gravi inconvenienti, che non si prevengono interamente col solo inventario de' titoli di proprietà, di affitti, e colonie, e di altre carte, colle quali abusivamente si crede di poter supplire alla indicazione, ed alla descrizione degli immobili.

» In oltre nel farsi l'inventario, bisogna che se ne faccia la stima a giusto valore da un perito che presti giuramento innanzi al giudice di pace. Le formalità dell'inventario sono spiegate nel codice di procedura, art. 641 (1017) e seguenti.

» Ma qui è ben di dire che esso deve esser fatto da due notari, o da un notaro assistito da due testimonj, che abbiano le qualità richieste dalla legge de' 25 ventoso anno 9.

» Il notaro chiamato per fare l'inventario, deve richiedere che il tutore dichiari, se gli è dovuta qualche cosa dal minore. Se il tutore manca di soddisfare a questa richiesta, che insieme colla dichiarazione deve esser trascritta nel processo verbale, egli decade dai

suoi crediti, 451 (374), quando anche fossero comprovati da un titolo autentico.

» La formalità di questa dimanda è stata stabilita per mettere il tutore nel caso di non poter ignorare la pena da cui è minacciato: sembra dunque, che incorrerebbe nella decadenza, se il notaro obbliasse di far tale dimanda.

» Il tutore che si fosse posto nel possesso de' beni del minore senza inventario, potrà esser destituito come sospetto.

» La mancanza d'inventario fa perdere al genitore superstite il godimento de' beni de' figli, che la legge gli accorda in virtù della patria potestà, 1442 (1406).

» Il tutore che fosse messo nel possesso delle carte del minore senza inventario, potrà essere dichiarato decaduto dalle somme, che pretendesse essergli dovute dal minore. Egli è in un caso meno favorevole di quegli che avesse trascurato di rispondere alla richiesta del notaro; dappoichè prendendo possesso delle carte senza inventario, si presume di aver soppressa la quietanza.

» Il tutor surrogato che non ha obbligato il genitore superstite a fare inventario è obbligato con lui solidariamente a tutti i danni ed interessi, ed a tutte le condanne che possono essere pronunciate in favore del minore. Questa responsabilità non si estande al caso in cui il tutore surrogato non ha obbligato gli altri tutori a fare inventario; ma vi è ben ragione, onde decidere contro di lui egualmente.

» Secondo il dritto romano, questi danni ed interessi erano valutati dal minore divenuto maggiore, a cui il giudice deferiva il giuramento *in litem*. Il minore estimava egli stesso la perdita che avea potuto, secondo il suo credere, cagionargli la mancanza d'inventario, e l'affermava con giuramento. Il giudice poteva ridurre questa stima, ed ordinare che il minore sarebbe creduto, dietro il suo giuramento, fino alla concorrenza sultanto di una tale somma. Secondo la nostra consuetudine di Brettagna, nel caso in cui era ammesso il giuramento *in litem*, si richedeva che fosse preceduto dalla prova della voce pubblica, cioè a dire, che l'attore doveva produrre de' testimoni, i quali attestavano che a loro conoscenza, la perdita del minore potea ascendere alla summa da lui fissata; e siccome ogni inchiesta è rispettiva, il reo era ammesso a provare il contrario, vale a dire a dimostrare la minor quantità della perdita. Il giudice intesi i testimoni, potea, secondo la sua prudenza, ridurre la somma richiesta, ed ordinare che dietro il suo giuramento l'attore sarebbe creduto fino alla concorrenza di una tale, o tal somma. Questo procedimento che era seguito in tutti i paesi di dritto consuetudinario, ne'casi in cui il coniuge superstite avesse trascurato di fare l'inventario de' beni della comunione, è stato adottato dall'art. 1442 (1406) del codice civile, anche nella ipotesi di mancanza d'inventario in caso di morte naturale, o civile di uno de' conjugi; e questa disposizione dev' essare applicata a tutti i tutori. Perlocchè non è che nel caso in cui è impossibile di comprovare altrimente il valore de' beni, che si può, secondo l'art. 1369 (1323) ricorrere al giuramento *in litem* sul valore della cosa dimandata.

» La legge 13. §. 1. C. *Arbitrium tutelae*, permette al testatore di dispensare il tutore dal fare inventario. L'art. 307 della consuetudine di Poitou ordinava al contrario, che la *confezione* dell'inventario non potea essere dispensata con testamento; e molti autori pensavano che questa disposizione dovea essere preferita a quella del dritto romano, in guisa che le opinioni, e le autorità essendo divise, la quistione rimaneva dubbiosa.

» Il signor Maleville opina che il dubbio è stato tolto dall'art. 351 (374) che non ha dispensato alcun tutore, in verun caso, da fare inventario; ma questo articolo non parla che de'casi ordinarj, e non di quello in cui il testatore lo avesse dispensato espressamente; quindi la quistione rimane tuttavia indecisa. I motivi da dubitare sono men gravi sotto l'impero del codice, che sotto l'antica giurisprudenza, perchè il codice ha di molto estesa la facoltà di donare. Si permetteva un tempo al testatore, ed anche sotto la consuetudine di Poitou di nominare un esecutore testamentario, e dispensarlo dal fare inventario, per la ragione che potendo egli donare tutti i suoi mobili all'esecutore testamentario

ove fosse capace di ricevere, poteva con più forte ragione commettergliene l'amministrazione sulla di lui buona fede. Or questa ragione sembra decisiva per seguire la volontà del testatore in tutti in casi, in cui egli può, secondo il codice civile, disporre della totalità de'suoi beni; ma se egli è soggetto ad una riserva legale, vale a dire, se non può disporre che di una certa quantità, l'inventario è indispensabile, onde conoscere, se abbia ecceduta questa quantità. *Toullier. Corso di dritto civile Tomo 2. n. 1189 a 1198.*

» §. 52. Nel mese, che seguirà il compimento dell'inventario, il tutore in presenza del surrogato farà vendere, col mezzo di atti d'incanti da riceversi da un ufiziale pubblico, e prevj gli affissi, o siено pubblicazioni, delle quali farà menzione nel processo verbale della vendita, tutti i mobili, ad eccezione di quelli che dal consiglio di famiglia sarà stato autorizzato a poter conservare in ispecie, *Art. 375. Leg. civ.*

L'imperatore Costantino dispose egualmente la vendita de'beni mobili, di quelli però che non si potevano conservare. e che la necessità imponeva distrarsi, ma coll'autorità del magistrato.

» Lex quae tutores curatoresque necessitate adstrixit, ut aurum, argentum, gemmas, vestes, caeteraque mobilia pretiosa, urbana etiam praedia, et mancipia, domos, balnea, horrea atque omnia quae intra civitatem sunt, venderent, omniaque ad nummos redigerent, praeter praedia, et mancipia rustica, multum minorum utilitati adversa est.

» Praecipimus itaque ut haec omnia nulli tutorum curatorumve licet vendere nisi hac forte necessitate, et lege (*scilicet per judiciariam authoritatem*) qua rusticum praedium atque mancipium vendere, vel pignore, vel in donatione propter nuptias, in dotem dare in praeteritum licebat; scilicet per inquisitionem judicis, et probationem causae (*quare vendat*) interpositionemque decreti, ut fraudi locus non sit.

» Ante omnia igitur urbana mancipia, quae totius supellectilis notitiam gerunt semper in hereditate, et in domo retineantur, nam boni servi fraudem fieri prohibebunt, mali, si res exegerit, sub quaestione positi poterunt prodere veritatem; atque ita omnia observabunt, ut nec inventarium scribere, nec mutare, vel subtrahere aliquid tutor valeat, quod (*scilicet quod in inventario scribantur. Vel dic quod in domo retineantur, et non vendantur, quod est verum, si non sunt usu detritae*) in veste, margaritis, gemmis et vasculis caeteraque supellectile (*improprie dicit in caetera supellectili, quia supellex est domesticum patris familias instrumentum quod neque argento, aurove facto, vel vesti connumeratur*) necessarium est. *L. 22. Cod. de administrat. tut. et curat.*

Casus. Lex quaedam praecipiebat, ut omnia bona pupilli per tutorem distraherentur, et redigerentur in pecuniam, illa foenori daretur praeter praedia rustica: quae lex erat adversa utilitati pupilli. Praecipit imperator, ut bona pupilli immobilia, sive mobilia non distrahantur; nisi hoc daretur in dotem, vel donationem propter nuptias, et in hujusmodi alienatione necesse est, ut interponatur, judicis decretum. Item prohibet, ne servum alienet, et causam subjungit; quia scilicet si boni sunt, custodient domum, et res pupilli, ne in his fraudem tutor committat; si sint mali poterunt torqueri, ut dicant veritatem de iis quae in domo pupilli continentur et malius est, si servi apud pupillum morentur fuga tutoris negligentiae adscribetur; domus pupilli vendi non debet; quia pater pupilli ibi decessit, et ibi imagines suas habuit, quia convelli pupillis esset lugubre, sed si ruinam paliantur, tutor eas reficere debet, ut ex conductionibus earum possit pupillius omni anno pensionem percipere.

» §. 53. Il padre e la madre, sino a che hanno il proprio e legale usufrutto de'beni del minore, sono dispensati dall'obbligo di vendere quei mobili di cui sono usufruttuarj, se prescelgono di conservarli per poscia restituirli in ispecie. In questo caso da un perito che verrà nominato dal tutor surrogato, e che presterà giuramento avanti al giudice di circondario, faranno eseguire a loro spese una stima a giusto valore. Restituiranno il prezzo stimato di quei mo-

» bili che non potranno esibire in ispecie.
» *Art.* 376. *Leg. civ.*

Sotto il nome di mobili sono compresi quelli destinati all'uso, ed all'ornamento degli appartamenti denominati *mobiglia*. Vedi. *Beni mobili* §. 10.

Per conservare i mobili dei quali il padre, e la madre godono l'usufrutto se ne ordina la stima. Ma osserva Delvincourt » non vi ha luogo a chiamare contraddittoriamente dei periti. Di fatti qui non si tratta di una operazione indispensabile, come negli apprezzi ordinarj. L'operazione di cui è questione è interamente nell'interesse del padre o della madre, i quali sono padroni di non prendere i mobili. Tutte le precauzioni debbono dunque essere in favore del figlio. Notate inoltre che l'usufruttuario non è tenuto a rendere il valore al prezzo della stima se non nel caso in cui egli non presentasse gli oggetti in ispecie. Se essi esistono, per quanto possono essere deterioriati, purchè non derivi la deteriorazione dall'abuso, o da un uso straordinario che se ne fosse fatto, l'usufruttuario non è tenuto ad alcuna indennità. Se poi non esistono, può presumersi che l'usufruttuario gli abbia venduti dal momento che entrò nel godimento, e perciò dee restituirne il valore secondo il loro stato e prezzo in quell'epoca. Argomento tratto dall'articolo 950 (874). *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 3. *nota* 136 *al tit.* 10.

Su l'obbligo poi di restituire il valore della stima di quei mobili che non si possono rimettere in ispecie nel fine dell'usufrutto, soggiunge lo stesso Delvincourt, che intanto il minore non possa disturbare i terzi i quali avessero i detti mobili acquistati in buona fede. In fatto di mobili il possesso produce l'effetto stesso del titolo: articolo 2279 (2185).

» Ma questi mobili potrebbero essere compresi in un sequestro fatto ad istanza de'creditori del padre? Io penso che bisogna far distinzione: se prima della vendita si fosse fatta dal tutore surrogato una domanda di alianazione, dovrebb' essere ordinata. Ma se fossero stati già venduti, i compratori non potrebbero essere disturbati. La stessa cosa è riguardo al prezzo. Se questo fosse ancora nelle mani dell' uficiale incaricato della vendita, può essere reclamato a nome del minore. Ma se fosse stato introitato dai creditori, non può domandarsene la restituzione. *Ibidem. nota* 137.

» §. 54. Al momento in cui s'incomincerà l'esercizio di qualunque tutela, ad eccezione di quella del padre, il consiglio
» di famiglia stabilirà con calcolo prudenziale e secondo l'importare de'beni amministrati, la somma cui potrà ascendere la
» spesa annua del minore, del pari che quella
» dell'amministrazione de' beni suoi.

» Lo stesso atto specificherà, se il tutore
» sarà autorizzato a farsi coadjuvare nella sua
» amministrazione da uno o più amministra-
» tori particolari stipendiati, e che ammini-
» strino sotto la sua risponsabilità. *Art.* 377.
» *Leg. civ.*

Ulpiano sul rescritto dell'imperator Severo lascia al pretore la facoltà di decidere, intesi i più prossimi congiunti, lo stato di mantenimento, e di educazione del minore; obbligando anche di ricever questi colui che ricusasse di educarlo, e mantenerlo.

» Solet praetor frequentissime adiri (*a matre vel agnatis pupilli vel substitutis, vel a quocunque*) ut constituat ubi filii vel alentur, vel morentur; non tantum in posthumis, verum omnino in pueris. Et solet ex persona, ex conditione, et ex tempore statuere ubi potius alendus sit; et nonnunquam a voluntate patris recedit praetor. Denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educaretur; imperator Severus rescripsit, praetorem aestimare debere praesentibus caeteris propinquis liberorum. Id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione aletur partus, et educetur.

» Quamvis autem praetor recusantem apud se educari, non polliceatur se coacturum (*idest licet praetor non promittat se coacturum denegantem alimentare, interdum tamen hoc faciat*); attamen quaestionis est an debeat etiam invitum cogere; ut puta libertum, parentem, vel quem alium de affinibus, cognatisve? et magis est ut interdum debeat id facere. Certe non male dicetur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere, exem-

plo tutoris testmento dati. Quod ita demum placuit, idcirco sit relictum (*ut alimenta praestet*). Caeterum si esset relicturus etiam si educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio; et ita divus Severus saepissime statuit. *L. 1. D. Ubi pupillus educari vel morari debeat.*

Casus. Titius decessit relictis filiis pupillis natis vel nascituris. Certe praetor debet statuere ubi pueri isti morentur, et alentur; et si testator dixit apud quem moreutur, et educentur, non semper sequitur ejus voluntatem praetor, et de hoc ponit exemplum. Quid si ille apud quem vult praetor pueros morari recuset, nunquid cogit eum? et certe sic causative; quia si aliquid est ei ob hoc in testamento relictum, denegabitur ei ejus petitio. *Vivianus.*

Osserva inoltre Maleville » Se il tutore non regola la somma, che può occorrere al sostentamento del minore, e se questa viene ad eccedere la sua rendita annuale, l'eccedenza cade a peso del tutore. *L. 2. §. 1. D. ubi pupil. educ.*

» Il tutore non può nemmeno toccare i capitali per supplire agli alimenti del minore senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia; facendolo di suo arbitrio, egli n'è risponsabile. Così fu deciso per una sentenza di Tolosa il 4 giugno 1738 relativamente alla madre medesima. Tutte le alienazioni in conseguenza, che questa madre avea fatte degli effetti mobili dell'eredità, affine di provvedere al sostentamento de'figli, furono riportate a carico della sua dote.

» Se le rendite del minore non bastano per alimentarlo, il consiglio di famiglia dee, secondo lo stato del fanciullo, o permettere che si disponga de' capitali, o fare che il fanciullo esercitando qualche mestiere si guadagni il vitto; imperciocchè egli è certo assolutamente che il tutore non è tenuto di nutrirlo a spese sue. *Maleville Osservazione all'articolo 454 del cod. civ.*

Se non bastano le rendite, sia per la sussistenza ed educazione del minore, sia per fargli apprendere un mestiere?

» Il tutore, risponde Delvincourt, non è obbligato di nudrirlo del suo *L. 3. §. 6. D. pubi upillus.* In tutti i casi il consiglio di famiglia può autorizzarlo a prendere dai capitali del minore, se è necessario, di che pagare i maestri o per altra cosa simile. La deliberazione in questo caso debb'essere omologata. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo 3. nota 142 al tit. 10.*

» §. 55. Il consiglio determinerà positiva-
» mente la somma da cui comincerà l'obbli-
» go nel tutore d'impiegar gli avanzi delle
» rendite, dedotte le spese. Questo impiego
» dovrà esser fatto nello spazio di sei mesi;
» passati i quali senza che lo abbia effettua-
» to, saranno a carico del tutore gl'interessi.
» *Art. 378. Leg. civ.*

L'imperatore Antonino dispose anche a carico del tutore gl'interessi di quelle somme che questi abbia convertito in proprio uso.

» Tutorem, vel curatorem pecuniae, quam in usus suos convertit, legitimas (*idest pupillares non minuendas ex more regionis*) usuras praestare debere olim placuit. *L. 1. Cod. de ususis pupillaribus.*

L'imperatore Alessandro però allontanò ogni risponsabilità in persona del tutore quando egli avesse tenuto il denaro del minore senza poterlo impiegare.

» Si pecuniam pupillarem neque idoneis hominibus credere neque in emptionem possessionum convertere potuisti, non ignorabit judex usuras ejus a te exigi non oportere. *L. 3. Cod. de usuris pupillaribus.*

Casus. Si tutor pecuniam pupilli foenerare, vel in emptionem praediorum idonee collocare non potuit, an ad usuras pecuniae si eam deposuit teneatur quaeritur? dicitur quod non. *Vivianus.*

» Vanno a carico del tutore gl'interessi, se la somma, dice Delvincourt, non si fosse completata per di lui mancanza; come se egli avesse trascurato di agire contra i debitori del pupillo; tanto più se essendo egli stesso debitore del pupillo, il debito fosse esigibile. *Debuit a se ipso exigere L. 9. §. 4. D. de adminst. et peric. tut.* Ed anche se questo debito non produca interesse, ne produrrebbe sempre alcuno di dritto a vantaggio del pupillo da correre dal giorno in cui è divenuto esigibile. Del pari se egli fosse creditore del pupillo per una somma che produce interesse, avrebbe luogo la compensazione,

e gl' interessi cesserebbero di decorrere in suo profitto dal giorno della scadenza, se egli avesse in cassa in denaro ozioso appartenente al suo pupillo, una sufficiente somma per sodisfarsi di ciò che era esigibile, *quia debuit sibi solvere.*

» Che sarà a dirsi se il credito non produceva interesse, e che non si trovasse nelle sue mani alla scadenza una sufficiente somma per pagarlo, come si potrebbero far decorrere gl' interessi? Io penso ch' essi dovrebbero decorrere di pieno dritto, e ciò in virtù di argomento fondato sugli articoli 474, 1001. (897. 1873) dai quali si vede che la legge fa decorrere gl' interessi di pieno dritto, e senza domanda riguardo a persone le quali non possono o debbono formar la domanda in giudizio l' una contro dell' altra.

» È da notarsi in primo luogo che il termine di sei mesi vien accordato al tutore unicamente per dargli tempo di trovare come impiegare il danaro, e non per procurargli un beneficio. Se dunque egli l' ha impiegato prima che spirassero i sei mesi, dee gl' interessi dal giorno dell' impiego.

» 2. Che come si è detto, non ritrovando il tutore a far impiego, sarà tenuto agl' interessi dallo spirare de' sei mesi. Fa d' uopo adunque che vi sia mancanza d' impiego, cioè che il tutore abbia i fondi oziosi, o che ne abbia ritardato l' impiego. Ma se non ne apparisce alcun impiego, e che il denaro non sia rimasto nelle sue mani, è da presumersi allora di averlo impiegato in proprio uso, e ne dee perciò gl' interessi dal giorno che lo ha incassato *L. 7. §. 11. D. de administr. et peric. tut.* ed argomento tratto da ciò ch' è stabilito riguardo al socio dall' articolo 1846 (1718).

» 3. Che gl' interessi ricevuti dal tutore, e quelli di cui può essere debitore per motivo di mancanza o di ritardo d' impiego, formano nelle sue mani altrettanti capitali, gl' interessi de' quali sono dovuti, perchè essi non sono stati impiegati a norma di ciò che si è detto per gli stessi capitali.

» E 4. che il tutore creditore del suo pupillo, ed il quale atteso il cattivo stato degli affari di quest' ultimo ottiene un rilascio degli altri creditori, è obbligato a soffrire egli stesso un simile rilascio, ammeno che egli non appartenga alla classe dei creditori non obbligati a seguire la legge comune, come ov' egli abbia una cauzione, un privilegio o una ipoteca. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 146 *al tit.* 10. *Tom.* 3.

» Se l' annua spesa del minore, riflette poi Toullier, è stata regolata dal consiglio di famiglia, il tutore non può fare una spesa maggiore. Il regolamento fatto dal consiglio è una legge che egli non può violare, salvo a convocare il consiglio per deliberare sopra un' aumento di spese, se sarà necessario.

» Ciò non di meno se egli avesse trascurato di provocare tal regolamento, non perciò sarebbe decaduto dal dritto di prelevare nel suo conto le spese legittime che avesse erogate per le pensioni, e per lo mantenimento, ed educazione de' minori; purchè però tali spese non eccedeano le rendite.

» Se poi fossero contrastate, forza è che sieno regolate dalla giustizia; avuto riguardo alle rendite, ed alla condizione de' minori: e sarebbero rigorosamente ridotte, nel caso che il tutore non le documentasse.

» In ogni caso le spese del minore debbono esser regolate in modo che vi sia sempre, se è possibile, qualche risparmio sulle rendite, affine di provvedere ai casi impreveduti.

» In questa materia si tiene per massima, che la spesa del minore non può in verun caso eccedere la sua rendita netta, dedottine i pesi, gl' interessi, e le riparazioni. Ma questa massima è senza applicazione, quando si tratta di spese utili. Spetta al giudice di esaminare ciò che è utile al pupillo, e se era del dovere del tutore di far la spesa che ha fatto. Egli fu per questa ragione, che fu tolto dal progetto del codice un articolo, il quale cangiava in precetto la massima che le spese del minore non possono andare al di là della sua rendita. Una regola troppo rigorosa su questo punto avrebbe impedito ai giudici di ammettere delle eccezioni ragionevoli, che la legge non può prevedere. Se per esempio i beni di un minore opulento, o che ha la speranza di una grande fortuna si trovassero gravati di un usufrutto, o di rendite vitalizie tali, che le rendite fossero momenta-

neamente insufficienti a dargli una educazione convenevole al suo stato, si può bene in questo caso vendere un fondo, o tor denaro a prestito. In ogni caso però il tutore difficilmente farà approvare nel suo conto le spese superiori alle rendite del minore, se non avesse consultato il consiglio di famiglia.

» Dalla massima che il tutore deve far sì, che le spese del minore non eccedano la rendita netta de' di lui beni, si è concluso che al momento del rendimento del conto, il minore ha la scelta di abbandonare tutte le rendite al suo tutore, e far cancellare il capitolo delle spese, onde tenersi rispettivamente per soddisfatti; con qual mezzo il di più della spesa diventa una perdita per lo tutore, purchè però il minore abbandoni le rendite relative a tutto il tempo della tutela, e non a qualche anno soltanto; ma questo abbandono anche generale di tutte le rendite non sarà ammesso, se il tutore provasse che l'eccedente della spesa fosse stato impiegato in una maniera utile, e necessaria; per esempio ad estinguere de' debiti legittimi. *Toullier. Corso di dritto civile tom.* 3. *n.* 1210. e 1211.

§. 56. » Se il tutore non ha fatto determinare dal consiglio di famiglia la somma » da cui dovrà incominciare l'obbligo dell'impiego, sarà tenuto, scorso il termine » espresso nel precedente articolo, agl' interessi di qualunque somma non impiegata, » comunque picciola essa sia. *Art.* 379. » *leg. civ.*

Secondo il responso di Ermogeniano, il tutore, che non impiegava il denaro del pupillo era tenuto agl' interessi; e trovandosi insolvibile veniva ad infliggerglisi la pena corporale.

» Ob foenus pupillaris pecuniae per contumaciam non exercitum, aut fundorum omissam comparationem, tutor si non ad damnum resarciendum idoneus est, extra ordinem coercebit. *L.* 50. *D. de administrat. tutor.*

Casus. Tutores pecuniam pupillarem foenerare debent, vel de ea praedia comparare, et si non faciant tenentur ad usuras, et si non possunt solvere in corpore puniuntur, *Vivianus.*

Se il tutore per inaspettato accidente non ha potuto nel termine stabilito procedere all' impiego di cui parla il presente articolo, resta ancor tenuto agl' interessi? Si desume la negativa dal rescritto dell'imperator Filippo.

» Tutoribus, vel curatoribus fortuitos casus, adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere saepe rescriptum est. *L.* 4. *Cod. de periculo tut. et curat.*

Casus. An tutor de fortuito casu teneatur quaeritur? dicitur quod non, quia praevideri non poterat. *Vivianus.*

D'altronde secondo il rescritto degl'imperatori Diocleziano, e Massimiano, tutto ciò che siasi omesso di fare dal tutore anche per colpa lieve ritorna contro di lui.

» Quicquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent non acquisierint, hoc in tutelae, seu negotiorum venire ratio est incerti juris. *L.* 7. *Cod. Arbitrium tutelae.*

Osserva poi Maleville che le disposizioni del nostro articolo non parlano che dell'avanzo delle rendite, sottratte le spese, e che per questo avanzo medesimo esigono che il consiglio di famiglia determini l'ammontare della somma, su di cui è il tutore obbligato nel termine di sei mesi d'impiegare l'avanzo. Che se il consiglio lasciasse di nulla stabilire su di ciò, allora corre a peso del tutore dopo il termine di sei mesi l'interesse di qualunque avanzo vi fosse rimasto. Or egli è chiaro che mentre il tutore dee l'interesse dell'avanzo, a più forte ragione ancora egli dovrà l'interesse dei capitali non impiegati. E siccome l'interesse di codesti capitali va sempre ad accrescere la somma delle rendite, e per conseguenza la somma dell'avanzo, ne segue che il tutore al fine dell'anno verrà effettivamente a pagare l'interesse; lo che sembrava troppo dura cosa all'antica giurisprudenza, ed avrebbe bisogno, a me sembra, di qualche modifica, o spiega.

» Che che però ne avvenga, il tutore dee mettere ogni cura, perchè il consiglio di famiglia determini a qual somma dell'avanzo incominci l'obbligo suo di dover impiegare l'avanzo medesimo, in quello stesso modo che per non correre il rischio di avere a risarcire il danno prodotto dalla poca lealtà di coloro che riceveranno a frutto gli averi del

pupillo, dovrà su di ciò consultare l'opinione del consiglio, oppure collocare il denaro nel pubblico tesoro. *Maleville. Osservaz. all' art.* 456. *del cod. civ.*

» Il tutore è obbligato d'impiegare utilmente, riflette ancora Toullier, nello spazio di sei mesi tutti i capitali del minore, vale a dire il denaro contante, il prodotto della vendita de' mobili, de' crediti già esatti, del rimborzo delle rendite, infine l'eccedente delle rendite sulla spesa, che la legge annovera tra i capitali.

» Egli deve far determinare dal consiglio di famiglia la somma da cui comincerà per lui l'obbligo d'impiegare gli avanzi delle rendite, dedotte le spese: in mancanza di ciò egli deve, scorso il termine di sei mesi, pagarne gl'interessi, comunque piccola sia la somma. Art. 455 e 456 (378 e 379).

» Siccome egli non è obbligato di fare delle anticipazioni per lo minore, così può far decidere che gli resterà nelle mani e senza interessi una somma sufficiente per provvedere alle spese impreviste, in mancanza di che è tenuto d'impiegar tutto.

» Il termine di sei mesi, durante il quale il tutore può ritenere i capitali senza interessi non essendo stabilito, che per dargli il tempo di fare un impiego valido e vantaggioso, non si deve accordarlo ai tutori che hanno impiegato per loro uso il denaro del pupillo » » *Quod spatium seu laxamentum temporis tribui non oportet, his qui nummum impuberum, aut adolescentium in suos usus converterunt L.* 7. §. 2. *ff. de Admin. et peric. tut.*

» Il tutore che non ha fatto l'impiego nel corso di sei mesi si presume che egli abbia fatto servire il denaro al suo uso, se non ha avuta la cura di provocare una deliberazione del consiglio di famiglia, che l'autorizzi a ritenerlo senza interessi. Sicchè in mancanza d'impiego, o di una deliberazione del consiglio di famiglia che lo dispensi, l'interesse dovuto dal tutore deve cominciare dal giorno che ha ricevute le somme; e gli articoli 455 e 456 (378 e 379) che accordano sei mesi di dilazione non si applicano che al caso, in cui il tutore ne abbia fatto l'impiego.

» Inoltre il tutore deve egualmente di pieno dritto gl'interessi delle somme di cui egli fosse debitore del pupillo, se ha trascurato di farne l'impiego, dappoichè *debuit a se ipso exigere.*

» Gl'interessi del denaro pupillare che sono pagati al tutore si riuniscono in ciascun anno ai capitali, ed all'eccedente delle rendite sulla spesa per produrre nuovi interessi; e ciò perchè diventano essi stessi nuovi capitali. È la stessa regola deve tenersi per gl'interessi dovuti dal tutore.

» Ogni amministratore che è nel medesimo tempo debitore, deve in ciascun anno portare in conto gl'interessi delle somme che deve, e che si trovano in tal modo trasformati in capitali. Questi interessi in somma entrano nell'eccedente delle rendite sulle spese, a quest'eccedente deve essere impiegato; in mancanza di che è dovuto l'interesse.

» Risulta da ciò un conto graduale, la di cui progressione rapida e spaventevole deve avvertire i tutori ad essere esatti per far determinare la somma, da cui comincia per essi l'obbligo d'impiegare.

» Il primo impiego impertanto deve essere il pagamento de' debiti esigibili, compresovi ciò che può esser dovuto al tutore, per ciò che egli può ben pagare a se stesso.

» Il credito quindi del tutore si estingue colla compensazione, dal momento in cui egli ha nelle mani una somma disponibile onde pagarsi, ma l'estinzione legale non si opera che dal momento in cui ha questa somma intera, poichè egli non è obbligato di rimborsarsi partitamente.

» Ciò nondimeno il tutore creditor del minore, che ottiene dagli altri creditori un rilascio a riguardo dell'attuale stato degli affari di lui, è obbligato di fare anch'egli un simile rilasciò, a meno che non fosse creditore privilegiato, o ipotecario; poichè allora egli avrebbe un motivo per non subire la legge comune.

» Il tutore non ha bisogno di prendere il parere del consiglio di famiglia per impiegare il denaro del minore al pagamento de'debiti, ma la prudenza non gli permette di fare altri impieghi senza consultarlo; soprattutto ove sieno di molta importanza. L'ordinanza di Orleans, art. 202, che su questo punto formava legge generale, e l'editto del 1732 che

formava la legge particolare di Brettagna non permettevano di farsi verun impiego senza il parere de' parenti. In caso di contravvenzione l'impiego rimaneva a rischio del tutore; e il minore potea farne l'abbandono, e rimaner creditore della somma impiegata, di cui il tutore dovea pagar gl' interessi.

» Che se non s'incontra nel codice alcuna disposizione su questo punto, non bisogna conchiuderne che il tutore sia esente da ogni responsabilità, e libero d'impiegare come a lui piace i denari del minore. Se il tutore avesse dato a prestito senza ipoteca sufficiente, e senza sicura cauzione, egli sarebbe secondo le circostanze risponsabile della insolvibilità del debitore.

» L'impiego in terre potrebbe egualmente dar luogo a contestazioni, se fosse fatto ad un prezzo troppo eccedente, o se il tutore l'avesse fatto col disegno di favorire il venditore, o se non fossero di convenienza del minore.

» Nel silenzio del codice queste quistioni sono confidate alla prudenza del magistrato. Il tutore che avesse trascurato di consultare il consiglio di famiglia, almeno in una maniera generale al momento in cui intraprende l'esercizio delle sue funzioni, art. 454 (377) dovrebbe essere giudicato con rigore. *Toullier. Corso di dritto civile tomo* 2. *n.* 1213. *a* 1221.

» §. 57. Il tutore, quando anche sia il
» padre o la madre, non può prender de-
» naro a prestito per lo minore, nè alie-
» nare o ipotecare i suoi beni immobili, sen-
» za l'autorizzazione di un consiglio di fa-
» miglia.

» Quest' autorizzazione non dovrà essere
» accordata, fuorchè per causa di assoluta
» necessità o di evidente vantaggio.

» Nel primo caso il consiglio di famiglia
» non accorderà la sua autorizzazione, se non
» dopo che da un conto sommario presenta-
» to dal tutore sarà stata comprovata l'insuf-
» ficienza de' denari, mobili, e rendite del
» minore.

» Il consiglio di famiglia, in qualunque
» caso indicherà gli stabili che dovranno in
» preferenza esser venduti, e tutte le condi-
» zioni che giudicherà vantaggiose. *Art.* 380.
» *Leg. civ.*

Ulpiano sul rescritto dell'imperator Severo riporta il divieto ai tutori, e curatori di distrarre i beni rustici, o suburbani, eccettuato il caso se i genitori del pupillo ne avessero imposta la distrazione con testamento, ovvero se sovrasti al pupillo tanto debito che non possa estinguerlo colle altre sue robe, ovvero se avendo il pupillo un fondo comune con altri, questi ne domandi la divisione.

» Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. Quae oratio in senatu recitata est Tertyllo, et Clemente consulibus, idibus iuniis; et sunt verba ejus hujusmodi. Praeterea patres conscripti, interdum tutoribus, et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant; nisi ut id fieret parentes testamento, vel codicillis caverint. Quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus caeteris non possit exolvi; tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur; qui pro sua religione estimet quae possint alienari, obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori.

» Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet, aut si creditor qui pignori agrum a parente pupilli accepit, jus exequatur, nihil novandum censeo.

» Se defunctus dum viveret, res venales habuerit, testamento tamen non caverit, ut distraherentur, abstinendum erit venditione. Non enim utique quod ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahendum putavit. *L.* 1. *D. de rebus eorum qui sub tutela.*

Casus. Imperator Severus fecit quandam orationem, et eam inter senatores recitavit: in verbis cujus orationis continetur ne tutores, vel curatores pupillorum distraherent praedia rustica pupillorum, vel etiam suburbana: permittebat tamen dicta oratio distractionem praedictarum rerum in casibus. Unus est si parentes praedictorum pupillorum dixerunt in testamento eorum quod fieret distractio dictarum rerum, vel etiam in codicillis. Secundus est, si tantum aes alienum imminet pupillo, quod ex caeteris rebus non potest solvi. Tertius est si pupillus habet praedium commune cum alio, et socius provocat tutorem, et curatorem ad divisionem, nam divisio dicitur

alienatio. Quartus est si creditor, cui pater pupilli obligavit praedium, vendat illud secundum pactum vel legem, quid si pater pupilli consueverat praedia emere et revendere, nunquid praedia quae emit pater, poterunt tutores vel curatores vendere? et certe non, nisi pater hoc jussisset, ut dictum est supra etc. *Vivianus.*

Valgono li medesimi precetti pei gestori de' negozj, cioè per quelli che sostengono le veci del tutore, e del curatore? Ulpiano decide per l'affermativa.

» Qui neque tutores sunt ipso jure, neque curatores, sed pro tutore negotia gerunt, vel pro curatore, eos non posse distrahere res pupillorum, vel adolescentium nulla dubitatio est. Sed si curator sit furiosi, vel cujusvis alterius, non adolescentis: videndum est utrum jure veteri valebit venditio, an hanc orationem admittemus? et puto, quia de pupillis princeps loquitur, et conjunctim tutoribus curatores accipiuntur pertinere (*scilicet ad curatorem adulti ad similitudinem tutorum vel curatorum pupilli; et hoc ex mente orationis et idem de curatoribus aliorum, ut subjicit*). Et de caeteris puto ex sententia orationis idem esse dicendum. *L. 8. D. de rebus cor. qui sub tutela.*

Casus. Imperatoris Severi oratio dicit quod tutores et curatores non possunt alienare, vel obligare praedia pupillorum, et non dicit de illis qui gerunt pro tutore pupilli, vel pro curatore, nec de curatore furiosi, nec de curatore cujuslibet alterius. Quid ergo dices de eis? et certe dicam idem quod in tutoribus pupillorum, et curatoribus adultorum dixit dicta oratio. *Vivianus.*

Lo stesso giureconsulto però impone, che il magistrato dee interporre su l'oggetto la sua autorizzazione a cognizione di causa.

» Si praedia minoris vigintiquinque annis distrahi desiderentur, causa cognita praeses provinciae debet id permittere. Idem servari oportet, et si furiosi, vel prodigi, vel cujuscunque alterius praedia curatores velint distrahere. *L. 1. D. eodem.*

Su le disposizioni del nostro articolo ci fa osservare Delvincourt che » se l'impronto fosse riuscito di profitto al minore, non vi ha dubbio ch'egli non sia tenuto per effetto non già del contratto, ma in virtù della massima di equità: *nemo debet cum alterius damno locupletari.* Or vi corre questa differenza tra l'impronto fatto dal tutore autorizzato, e quello fatto senz'autorizzazione; che nel primo caso il minore è sempre tenuto; qualunque siasi l'uso che il tutore abbia fatto del denaro, e quando anche lo abbia invertito o applicato pei suoi affari particolari; e nel secondo allorchè non vi è stata autorizzazione, colui che ha fatto l'imprestito non può agire contra il minore, se non quando avrà provato essere l'imprestito riuscito in di lui profitto, *et quatenus locupletior factus est. Delvincourt. Corso del cod. civ. tomo* 3. *nota* 161. *al tit.* 10.

» Il tutore, dice poi Toullier, quando anche sia il padre o la madre non può prendere denaro a prestito per i minori, nè alienare, o ipotecare i di loro beni immobili, senza l'autorizzazione di un consiglio di famiglia, 457 (380), nè rendersene aggiudicatario, nè accettare la cessione di alcuna ragione o credito contro i suoi pupilli 450, 1596 (373, 1441,) nè accettare o ripudiare una eredità, 461 (384), o una donazione, 463 (386), nè intentare in giudizio un'azione relativa ai dritti del minore sopra beni stabili, nè aderire ad una domanda relativa ai medesimi dritti, 464 (387), nè provocare una divisione, 455 (388), nè transigere, 467 (390) nè compromettere, nè deferire un giuramento.

» Tra gli atti che noi abbiamo enumerati, e che eccedono le facoltà de' tutori, ve ne ha di quelli per i quali non è sufficiente l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma vi bisogna di più l'autorizzazione del giudice; e ve ne sono di quelli al contrario, per i quali è sufficiente, che il tutore sia autorizzato dal consiglio di famiglia, senza che sia necessario di farne omologare la deliberazione.

» L'art. 447 (380) mette nella medesima linea così gli atti di prestito fatti pel minore, che gli atti di alienazione, ed ipoteca sugl'immobili. Intanto per riguardo ai prestiti, vi sono delle distinzioni a fare per l'interesse degli stessi minori. Se si trattasse, per esempio, di tor denaro a prestito senza ipoteca, per pagare un debito certo ed esigibile; egli basterebbe di domandare il parere

del consiglio, onde fargli osservare, che il tutore non ha nelle mani il denaro sufficiente, e far sì che regoli le condizioni del prestito, senza che vi sia bisogno di spese onerose ed inutili per l'omologazione.

» È del pari se si trattasse di soddisfare un debito ipotecario ed esigibile, il tutore potrebbe torre a prestito sulla stessa ipoteca, dopo aver consultato il consiglio di famiglia; e sarebbe sufficiente di far surrogare in uno dei modi prescritti dall'articolo 1250 (1203) il tutore nei dritti e nelle ipoteche del creditore cui sarà pagata la somma; poichè la condizione del minore rimanendo la stessa, non potrebbe egli censurare un prestito, di cui l'utile impiego sarebbe provato; e ciò anche quando il consiglio di famiglia non fosse stato consultato.

» All'infuori di questi casi il tutore non può torre denaro ad imprestito pel minore, nè ipotecare i di lui immobili senza l'autorizzazione di un consiglio di famiglia, motivata sopra una causa di necessità assoluta, o di un vantaggio evidente, preceduta da un conto sommario presentato dal tutore, comprovante che i denari, gli effetti mobili, e le rendite del minore sono insufficienti. Questa deliberazione però non può avere esecuzione, se non dopo che il tutore ne avrà chiesta ed ottenuta l'omologazione avanti il tribunale civile di prima istanza, il quale pronuncierà nella camera del consiglio, sentito il regio procuratore. 458 (381), che potrà e dovrà opporsi all'omologazione, se trova che le forme sono state violate, o che la deliberazione è contraria agl'interessi del minore.

» Ma in nessun caso il regio procuratore potrà appellare dal giudizio di omologazione, poichè nelle materie civili egli non può esercitare il suo ministero per via di azione, ma solo per via di *requisizione*.

» Le cause più ordinarie per autorizzare l'ipoteca, o l'alienazione de' beni dei minori, oltre al pagamento di un debito esigibile e molesto, sono le riparazioni di urgente necessità comprovata, e il bisogno di procurare al minore una professione, o uno stabilimento vantaggioso.

» Quest'ultima causa è talmente favorita, che secondo il codice, il minore capace di contrarre matrimonio è pure capace di prestare il suo consenso senza l'autorizzazione del giudice a tutte le stipulazioni, delle quali questo contratto è suscettibile. Le convenzioni, e donazioni che avesse in esse fatte sono valide, purchè nel contratto sia stato assistito dalle persone, il di cui consenso è necessario per la validità del matrimonio, 1398 (1352). Egli può donare in questa maniera tutto ciò che la legge permette allo sposo in età maggiore di donare all'altro conjuge, 1095 (1049), senza poter essere restituito in intiero contro le convenzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, 1309 (1263).

» Il minore pervenuto all'età di anni sedici può egualmente per testamento, e senza alcuna autorizzazione disporre, fino alla concorrenza solamente della metà de' beni, di cui la legge permette al maggiore di disporre, 904 (820).

» Riguardo alla vendita de' beni del minore fatta, sia dal tutore, sia dal minore emancipato, vi bisogna, perchè sia valida

» 1.° L'autorizzazione del consiglio di famiglia, 457-484 (380-407).

» 2.° Una causa di assoluta necessità, o di evidente vantaggio, 357 (380).

» 3.° Il consiglio di famiglia deve indicare gli stabili che devono preferibilmente essere venduti, e tutte le condizioni, che riputerà vantaggiose, *ibid.*

» 4.° L'omologazione della deliberazione, come nel caso di prestito, *ibid.*

» 5.° Omologando la deliberazione, il tribunale nomina colla stessa sentenza uno o tre periti, secondo che la quantità de' beni esige; ed ordina che dietro la loro stima saranno aperti pubblicamente gl' incanti d'avanti un individuo del tribunale, o d'avanti il notaro destinato nella stessa sentenza: codice di procedura, art. 955 (1031).

» 6.° Finalmente, la vendita deve esser fatta alla presenza del tutore surrogato, previe tutte le formalità prescritte dal tit. 6. lib. 5. del codice di procedura. Le vendite fatte con tali regole sono irrevocabili, e non possono essere rescisse, nè anche per lesione oltre la metà, 1684 (1503).

» Egli è però dispiacevole che queste for-

malità sien così numerose e sì minute, che in luogo di essere vantaggiose ai minori divengono loro onerose, ed anche ruinose, ove l'oggetto da vendersi è di piccola importanza.

» Inoltre disgustano gli acquirenti che temono di vedere un giorno impugnata la vendita sotto pretesto di essersi omessa qualche formalità. *Toullier. Corso di dritto civile T.* 2. *n.* 1222. *a* 1228.

Le leggi di rito civile si uniformano inoltre al medesimo articolo 380 per la vendita degl'immobili appartenenti a minori da farsi inteso il consiglio di famiglia. Escludono solo da questa formalità la vendita degl'immobili de' quali parte è dovuta a maggiori, e parte a minori.

» Se gl'immobili non apparterranno che a minori, non sarà permesso di ordinarne la vendita, pria di un consiglio di famiglia.

» Non sarà necessario questo consiglio, quando immobili apparterranno parte a maggiori e parte a minori, e quando la vendita all'incanto sarà ordinata in conseguenza dell'istanza de' maggiori.

» Dovrà procedersi a questa vendita colle formalità stabilite nel titolo *delle divisioni e delle vendite all'incanto. Art.* 1030. *Leg. di proced. ne giud. civ.*

Nel tribunale civile di Orleans si professò la giurisprudenza, che nel caso di licitazione di un immobile appartenente in indiviso con un minore possa procedersi alla visita malgrado la mancanza della nomina del tutore surrogato. Sentenza de 2 fruttidoro anno 11.

» *Fatto*. Bouault procedeva contro Daviau, tutore del minore suo figlio, per la licitazione di una casa situata a Meung sopra la Loira.

» Le parti nominano de' periti per verificare se essa è suscettibile di divisione.

» Allorchè Bouault vuol far visitare l'immobile, il tutore vi si oppone; e dichiara che non vi si può procedere, attesochè non è stato convocato il consiglio di famiglia per autorizzarlo ad agire a nome del minore.

» L'articolo 467 (390) del codice, ei diceva, porta espressamente che il tutore, anche il padre ovvero la madre, non può alienare i beni immobili del minore, senza esservi autorizzato da un consiglio di famiglia.

» Ora una domanda in licitazione, diretta contro un minore, tende evidentemente all'alienazione di un immobile. Dunque il solo tutore privo della autorizzazione della famiglia, non è persona capace a rappresentarla in una istanza di questa natura.

» L'art. 464 (387) è ancora più positivo. Annuncia che il tutore non potrà acconsentire ad una domanda relativa a' diritti immobiliari del minore senza autorizzazione.

» Tal disposizione si applica senza dubbio molto direttamente al caso della licitazione. Non può il tutore acconsentire alla domanda che verrà fatta; nè per conseguenza concorrere alle operazioni successive.

» Lo stesso articolo interdice al tutore d'ipotecare tutt'i beni del minore, senza esservi del pari autorizzato. Sotto questo nuovo rapporto, il primo è anche incapace di aderire di suo moto proprio ad una domanda in licitazione; perciocchè l'uno degli effetti necessarj della divisione è che i beni caduti nella quota parte di ciascun coerede, sieno ipotecati, per privilegio, a tutte le obbligazioni che hanno luogo tra i condividenti, come sono l'aggiunta in danari o rendite di cui può essere gravata una porzione, e la garantia verso i coeredi a' quali sono toccate le altre quote.

» La mancanza di autorizzazione non era il solo fatto sopra di cui il tutore Daviau fondasse la sua incapacità. Egli opponeva inoltre anche l'eccezione di non essersi proceduto alla nomina del surrogato tutore. Pretendeva che l'art. 459 (382) esigendo espressamente la sua presenza nella vendita de' beni, il medesimo doveva partecipare alle operazioni. E perchè le formalità preliminari col di cui mezzo la legge ha voluto ritardare la spropriazione de' minori, sono tutte introdotte per conservare i loro interessi e rendere impossibile la lesione, perciò sopra tutto al momento in cui si trattava d'impiegare queste forme protettrici, conveniva di chiamare il tutore surrogato, e di unire la sua sorveglianza a quella del tutore e della legge.

» Bisogna pertanto, conchiudeva Daviau, soprasedere nella vendita dell'immobile fino a che a procedervi io sia autorizzato da un consiglio di famiglia, e che siasi nominato un tutore surrogato per assistervi.

» A questi motivi Bonault rispondeva. Se l'art. 457 (380) del codice porta che, senza l'autorizzazione di un consiglio di famiglia il tutore non può alienare nè ipotecare i beni del minore, questa disposizione non dee intendersi che dell'alienazione volontaria, e non in modo alcuno di una domanda in licitazione diretta contro di lui. La legge non vuole che il tutore possa di suo proprio moto procedere alla vendita de' beni del minore. Ella esige che in questo caso i suoi atti sieno autorizzati da un consiglio di parenti, e che egli non intraprenda cosa veruna senza averli consultati.

» Ma non ha luogo lo stesso allorchè un comproprietario indiviso procede alla licitazione dell'immobile comune. Allora vi è la necessità di vendere, o per meglio dire, di dividere, ed il tutore non ha bisogno di una autorizzazione di famiglia per poter fare ciò che gli è impossibile di evitare.

» Tal distinzione non è punto arbitraria; essa trovasi scritta testualmente nell'art. 460 (383) il quale dice in termini precisi, *che le formalità richieste dagli articoli 457, e 458 (380 381) per l'alienazione de' beni del minore non si applicano al caso, in cui una sentenza avesse ordinato l'incanto in conseguenza di una provocazione di un comproprietario indiviso.*

» Epperò bisogna escludere gli argomenti dedotti dall'art. 457, che non può essere qui invocato.

» Se si consulta l'art. 460, vedesi che può il tutore, senza autorizzazione del consiglio di famiglia, *rispondere* ad una domanda in divisione diretta contro di un minore. Ora nel caso concreto, non si tratta, riguardo al tutore, se non di *rispondere* ad un'azione di questa natura: conseguentemente può farlo senza l'intervento del consiglio de' parenti.

» Il motivo che si vuole dedurre dalla mancanza della nomina del tutore surrogato non è meglio fondato. L'art. 459 (382) esige la presenza di lui al tempo della vendita de' beni del minore: ma nella causa non vi è la questione di venderli. Non trattasi che di visitare un immobile, la di cui proprietà è indivisa tra lui ed il ricorrente in licitazione, e di verificare colla perizia, se la divisione può aver luogo tra i comproprietarj. Il tutore surrogato sarà chiamato quando si procederà alla vendita: ma fino a ciò, ed in tutte le operazioni necessarie per arrivarvi, non si richiede la sua presenza: non lo esige alcuna disposizione della legge. D'altronde apparteneva al padre di convocare il consiglio di famiglia, e di nominare un tutore surrogato: e se egli vi ha mancato, Bonault non dee essere pregiudicato dalla sua negligenza.

» *Sentenza*. Visti gli articoli 461, 462, 463, 464 (382. 383. 484. 385) che proibiscono al tutore di accettare o ripudiare ec.: ec...... di promovere nè di aderire ad una domanda, ec...... senza l'autorizzazione di un consiglio di famiglia.

» L'art. 460 (381) che domanda la stessa autorizzazione per provocare la divisione, ma che permette al tutore di rispondere ad una domanda in divisione senza tale autorizzazione.

» Visti gli articoli 430 e 431 (352 353) i quali vogliono che vi sia in qualsivoglia tutela un tutore surrogato: e che questi, nel caso che la tutela è devoluta al padre, prima di assumerne le funzioni raduni un consiglio di famiglia per la nomina del tutore surrogato.

» Gli articoli 459 e 460, (382 383) che ordinano che i beni de' minori sieno venduti all'asta pubblica in presenza del tutore surrogato, ec.

» Considerando che, quanto al presente, non si tratta di procedere alla licitazione dell'albergo che appartiene in comune a Bonault ed al minore Daviau: e che la mancanza della nomina di un tutore surrogato, non può ritardare la dimandata visita.

» Considerando altronde che Daviau padre non può prevalersi della mancanza della nomina di un tutore surrogato: che ad esso spetta di provocare e di convocare il consiglio di famiglia per farla fare, senza aspettare che sia ordinata da una sentenza.

» Il tribunale, senza occuparsi nè arrestarsi alle eccezioni proposte da Daviau padre, ordina che, col mezzo di periti, ec. ec. »

Nella suprema corte di giustizia venne ad esame la questione se la vendita di una casa stipulata sotto l'impero dell'antica legislazione senza l'intervento dei minori si quali una

porzione della casa stessa apparteneva, e senza le solennità richieste possa riputarsi valida anche nel caso che uno de' minori divenuto maggiore sotto la legislazione novella l' avesse riconosciuta ed approvata. La negativa ebbe luogo con decisione de' 8 marzo 1823.

» *Fatto*. Pietro Fimiani di Caserta col suo testamento de' 3 maggio 1799 istituì eredi li suoi quattro figli maschi Salvatore, Michele, Geremia, e Pasquale allora minori, e volle, che alle due sue figlie Rachele, e Maria Gaetana si fossero per ciascuna dati in dote ducati 60, oltre del corredo.

» Nel dì 24 aprile 1809 si stipulò istrumento tra Angela Mastrojanni vedova del detto fu Pietro, i due suoi figli Salvatore, e Michele reputati maggiori, e D. Pietrangelo d' Amico curatore dato dalla regia corte di Caserta a' minori Geremia, e Pasquale. In esso si enunciò, che tutta la eredità del fu Pietro consisteva in una casa comprata dal medesimo nel 1791 per ducati 525 sulle quale gravitava un debito di ducati 50 a favore di D. Gennaro Mastrojanni non che l' ipoteca delle doti di D. Angela in ducati 280. Che precedenti due decreti di *expedit* di quella regia corte, il primo de' 17 dicembre 1803, ed il secondo de' 9 luglio 1805 si erano alienati un basso di detta casa per ducati 100 a favore di D. Giuseppe Mezzacapo, ed una camera della stessa aggiudicata a D. Pasquale Centore per ducati 162 70.

» Che la vedova Mastrojanni per soccorrere i suoi figli avea contratto un debito di ducati 150 collo stesso Centoro, impartito il regio assenso, ed obbligando le sue doti ipotecate sulla detta casa.

» Che a' 3 novembre 1808 essa Mastrojanni avendo chiesto in quella regia corte il pagamento delle sue doti colla vendita in tutto, o in parte di detta casa per estinguere il suo debito verso Centore, e per supplire a' suoi bisogni, nello stesso giorno si era impartito decreto di termine sommario con sentirsi li detti Salvatore, e Michele maggiori, essendosi poi a' minori Geremia, e Pasquale destinato curatore nella persona del detto d' Amico.

» Che nel dì 1 dicembre di detto anno si erano nominati i periti, da' quali nel dì 7 dello stesso mese si era dato fuori l' apprezzo.

« Che in tale stato di cose la vedova, detti Salvatore, e Michele, e'l curatore d' Amico avevano nominato per arbitro il giudice D. Lorenzo Zarrillo.

» Ed in fine, che lo stesso signor Zarrillo nel dì 17 dello stesso mese di febbrajo avea dichiarato espediente la vendita colle seguenti condizioni:

» 1.° Che il compratore dovesse pagare ducati 40 di più per prezzo di affezione: 2.° Che il creditore Centore dovesse rilasciare tutti gl' interessi decorsi sul suo credito di ducati 150 contro Mastrojanni: 3.° Che una metà di prezzo depurato di spese rimaner dovesse presso del compratore per sicurezza delle doti di Rachele Fimiani coll' interesse all' otto per 100; e l' altra metà dovesse pagarsi libera alla vedova, ed al figlio primogenito Salvatore Fimiani per riparare alle urgenze della famiglia: 4.° Che collocandosi Rachele o in matrimonio, o in chiostro il compratore avesse dovuto subito pagare la metà del prezzo, che ritenea. Su queste basi venne adunque eseguita la vendita della casa suddetta da' nominati Angela Mastrojanni, Salvatore, e Michele Fimiani, e curatore d' Amico a favore di D. Pasquale, e D. Giovanni Centore.

» De' nominati quattro figli maschi del fu Pietro il solo Geremia è vivente; gli altri sono trapassati. Nelle narrative della decisione impugnata si enunciano i giorni delle nascite, e quelli delle di loro morti; cioè, di Salvatore nel dì 12 settembre 1810; di Michele a' 28 settembre 1819; e di Pasquale tuttavia minore, nato a' 6 ottobre 1798 e trapassato a' 31 gennajo 1812. È d' avvertirsi ancora che tutti furono alunni nel reale Albergo de' poveri.

» Il detto Geremia in unione della riferita Rachela nel dì 12 maggio 1821 convenne nel tribunale civile di S. Maria D. Pasquale Centore, anche com' erede di D. Giovanni. L' azione fu introdotta da Pasquale in suo nome, e dallo stesso, e da Rachele come eredi del detto Pasquale. Essa fu diretta ad ottenere il rilascio della casa relativamente alle porzioni di esso Geremia, e del fu Pasquale, sostenendosi, che il contratto era nullo,

per non essere in esso intervenuti essi Pasquale, e Geremia perchè minori, e per non essersi serbate le formalità richieste dalle leggi.

» Il tribunale con sentenza de' 14 giugno 1821 fece dritto alla dimanda degl' attori in contumacia del convenuto Centore; e quindi sulle di costui opposizioni con altra sentenza de' 14 agosto dell' anno stesso confermò la prima sentenza. Aggiunse soltanto, che i Fimiani prima di entrare nel possesso del fondo da rilasciarsi loro da Centore, lo rimborsassero di tutte le quantità, che da legittimi documenti apparissero versate in vantaggio degli attori.

» Il signor Centore ne produsse appello, ed in di lui contumacia nel dì 5 dicembre dell' anno stesso, ebbe luogo una decisione di congedo.

» Si produssero da Centore le opposizioni contro della suddetta decisione. Nelle medesime si ripeterono l'eccezioni dedotte così nelle opposizioni alla sentenza contumaciale de' 14 giugno che nell'appello, (aggiungendosene anche delle altre) per cui tutta la difesa del signor Centore si ridusse a sostenere:

» 1.° Che la vendita era valida, perchè fatta secondo le regole dell' antico rito:

» 2.° Che nel mese di settembre 1808 erasi pronunciato dalla corte locale un decreto *di expedit*:

» 3.° Che si era dato un curatore per l' intresse de' minori:

» 4.° Che il prezzo da lui sborzato era considerevole a segno da escludere ogni idea di frode, anzi era maggiore di quello, che la casa valea:

» 5.° Che Rachele fatta maggiore col riceversi la parte del prezzo a lei spettante avea riconosciuto, ed approvato il contratto:

» 6.° Che in ogni caso era a lui dovuto il rimborso delle migliorie fatte in detta casa da liquidarsi come di diritto.

» Gli attori all' opposto sostenevano la intrinseca nullità del contratto. Soggiunsero, che il pagamento fatto a Rachele dava dritto a Centore per la somma pagata, senza poter convalidare il contratto, e che la ratifica avea bisogno della espressa menzione dell' atto, e dell' approvazione.

» In questi termini fu riportata la causa alla cognizione della gran corte civile di Napoli. Quindi con decisione de' 6 febbrajo 1822 facendosi dritto all' appello, ed alle opposizioni di Centore, venne rivocata non meno l' appellata sentenza, che la opposta decisione, a quale oggetto venne assoluto D. Pasquale Centore dalle domande di Geremia, e di Rachele Fimiani espresse nella citazione de' 12 maggio 1821.

» Di questa decisione si è chiesto da detti Fimiani l' annullamento. Per la inteligenza de' mezzi, che si sono proposti conviene riassumere i motivi, che dettarono la decisione suddetta.

» Osservò la gran corte principalmente, che i solenni richiesti dalla legge per la vendita de' beni de' minori sono diretti ad assicurarne la necessità, ed utilità, ed altresì, che *dolo petit qui mox restiturus est*.

» Premesse queste teorie ella osservò, che nè principj dell' anno 1809 le novità introdotte dal codice civile, e la giurisprudenza, che ne ridondava erano generalmente ignorate:

» Che il cod. di procedura non ancora era in attività:

» Che costava della necessità della vendita:

» Che vennero serbate le solennità convenevoli, essendosi interposto da quella corte il decreto *di expedit*:

» Che vi era stato il parere di conosciuto giureconsulto:

» Che la casa acquistata da Pietro Fimiani per ducati 500 si era poi venduta per ducati 712; dedotto il peso fondiario, restando a carico di Centore le spese, e tutti gl' interessi del suo capitale:

» Che nelle due quote, che potevano spettare a Salvatore, e Pasquale Fimiani in virtù delle disposizioni dell' abolito codice civile era succeduta la madre per la quarta parte, e che nella quota di Michele la stessa Mastrojanni era succeduta ugualmente, che Geremia, e Rachele:

» In fine, che Centore poteva rappresentare tutti questi dritti, ed a dippiù le migliorie; e che Rachele avrebbe dovuto restituire i ducati 60, da lei ricevuti da Centore.

» I mezzi del chiesto annullamento sono i seguenti.

» 1.° Violati gli articoli 1594 1658 e 1674

(1439. 1504. 1520) dell'abolito codice civile; perciocchè la gran corte cui erasi presentata la quistione della nullità del contratto la snaturò, risolvendola per azione di lesione.

» 2. Violato l'art. 2. del decreto de' 22 ottobre 1808; nel quale si prescrisse l'osservanza del codice civ. dal 1. gennajo 1809; e la gran corte ha assunto, che ne' principj dell'anno suddetto le di lui disposizioni s'ignoravano.

» 3. Violati infine gli art: 457. 458. 459. e 460. (380. 381. 382) del detto codice civile, non che gli art. 954. 955; 956. (1030. 1031. 1032) e seguenti del codice di procedura, ne' quali sono stabiliti li solenni necessarj per le vendite de' beni de' minori, a traverso de' quali articoli si è dichiarato valido un contratto di vendita d'immobile di minori, senza essersi in esso adoperato alcun solenne.

» Udito il rapporto ec. ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per l'annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio; e facendo dritto alle conclusioni del pub. ministero.

» Vista la decisione: visto il ricorso: visti li decreti de' 22 ottobre e 26 dicembre 1808 gli articoli 457 458 459 e 460 (380.381.382. 383) dell'abolito cod. civ. non che gli articoli 954 (1030) e seguenti dell'abolito cod. di procedura.

» Ha osservato sul fatto, che avendo la signora Angela Mastrojanni chiesto nel dì 3 novembre 1808 nella regia corte di Caserta di procedersi alla vendita di tutto, o parte della casa ereditaria del fu Pietro Fimiani per essere soddisfatta delle sue doti e così estinguere il suo debito verso Centore, e provvedere a' suoi bisogni, fu nel giorno medesimo impartito termine sommario; che fu dato curatore a' minori Fimiani; e che in seguito essendosi eletti li periti per l'apprezzo, questo venne eseguito nel dì 7 dicembre dell'anno suddetto.

» Che questo era lo stato delle cose nel dì 1 gennaro 1809, epoca in cui ebbe vigore di legge l'abolito codice civile.

» Che sotto il regime del codice stesso, e propriamente nel dì 4 febbrajo la detta Mastrojanni, i due suoi figli Salvatore, e Michele, ed il curatore de' minori Pasquale, e Geremia, anzicchè progredire negli atti ulteriori nel modo voluto dalla legge, nominarono per arbitro quel regio giudice D. Lorenzo Zarrillo; da cui nel dì 17 del mese stesso, si dichiarò espediente la vendita colle condizioni che il medesimo appose, e che riguardar non potevano che la convenzione che le parti volevano fare con Centore.

» Che in fine l'avviso di detto arbitro venne ridotto a contratto nel dì 24 aprile 1809, epoca con cui era in vigore il codice di procedura, e senz'altra solennità.

» Ritenuto tutto ciò si è considerato, che l'azione di Geremia e Rachele Fimiani, diretta alla dichiarazione della nullità del contratto per la metà della casa in disputa appartenente agli allora minori Pasquale, e Geremia, avea il suo appoggio sulla letterale disposizione della legge in vigore, per l'alienazione degl'immobili de' minori, non permessa che coll'approvazione del magistrato, dietro il parere del consiglio di famiglia, giusta gli articoli 457 (380) e seguenti del cod. civ. disposizioni non discordi dalla legislazione preesistente tracciata sopra tutto sulle *LL. 4. 12. e 18. cod. de praed. et aliis reb. min. sine decreto judicis, non alienandis*, e che nell'antico Foro erano in tutta l'osservanza nè alterate dalle attuali leggi, per le formalità necessarie nell'eseguirsi la vendita permessa dal giudice, come dagli articoli 954 (1030) e seguenti del cod. di procedura.

» Che se nella specie sotto l'antico regime, non eransi che incoati gli atti della procedura a norma del rito allora vigente, al sopragiugnere la novella legislazione, non potea che eseguirsi quanto dalla stessa veniva prescritto, e per conseguenza abusivamente dal signor D'Amico in qualità di curatore de' detti minori, in unione della vedova Mastrojanni, e degli altri fratelli Fimiani, fu eletto per arbitro il giudice Zarrillo, il di cui parere non potea produrre la validità di un contratto portante l'alienazione di un immobile di minori, e molto meno potea il contratto stesso in tal guisa adombrato recarsi

ad effetto senza adoperarsi alcuna delle solennità volute dalla legge.

» Ond'è che un tale contratto portando per se stesso la nullità (per altro dalla stessa gran corte non isconosciuta,) inopportunamente se ne trasse la validità dalla idea di essere i solenni prescritti dalla legge diretti ad assicurarne la necessità, o l'utilità; perciocchè, sebbene sia certo, che la legge nel prescriverli abbia atteso all'uno, o all'altro degl'indicati oggetti, non di meno, avendo vietato di poter aver effetto la vendita, l'ipoteca, ed ogni altra affezione da gravitare sù beni de' minori altrimenti, che previi tutti i solenni, che ha scrupolosamente tracciati, non sarebbe, che oltraggiarla, se il magistrato, dopo che il contratto è seguito, senza essersi preventivamente osservato quel che indispensabilmente dovea precedere per ottenersi la validità dell'atto, potesse essere arbitrato a farlo posteriormente, rendendo così valido ciò che tale non fu nel suo principio, e con privare i minori, giunti alla maggiore età, dello sperimento de'loro dritti; che anzi sovvertendosi in cotal guisa su la specie li cardini della legislazione, potrebbero non poco soffrire gl' interessi di quelle persone, che la legge protegge in modo speciale.

» Molto meno per abbattere le teorie esposte valeva l' idea di poter essi Fimiani restituire ben presto a Centore o tutto, o quasi tutto ciò, che avrebbe potuto conseguire riacquistando la parte del fondo alienato, che corrisponde al dritto proprio di Geremia, e come-successore con Rachele dell' altro minore Pasquale, perchè trattandosi di riavere la proprietà dell'immobile nullamente alienata, la conseguenze, o siano le affezioni, che sulla cosa erano forse a gravitare non poteano entrare a calcolo nel giudizio della nullità del contratto di vendita.

» Quindi è che, astrazion fatta dall' analisi in dettaglio di ciascuna delle osservazioni premesse alla denunciata decisione, la medesima debbe essere annullata sopra tutto per l'offesa recata a citati decreti de' 22 ottobre e de' 26 dicembre 1808, non che a' mentovati articoli 457 (370) e seguenti del codice civile, e 953 (1029) del codice di procedura, vigenti l'uno, e l'altro all'epoca del contratto in esame.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile di Napoli in altra camera ec. ec. »

Uniformemente ai principj consagrati in questa decisione, la medesima suprema corte di giustizia in grado di novello esame della causa stessa, con posteriore decisione de' 22 agosto 1825 ne ha confermate le teorie. Riportiamo li medesimi fatti consegnati nella decisione precedente, onde conoscere la unità dei principj discussi, e conservare l'ordine de' giudizj tenuto nella redazione.

» *Fatto* Il fu Pietro Fimiani col suo testamento scritto nel 1799 istitui eredi i quattro suoi figli maschi di età minore Salvatore, Michele, Geremia, e Pasquale, e volle, che a ciascuna delle due sue figlie femmine Rachele e Maria Gaetana si fossero dati in dote ducati 60 oltre del corredo.

» Nel dì 23 aprile 1809 Angela Mastrojanni vedova di Pietro, Salvatore, e Michele maggiori, e D. Pietrangelo d'Amico nella qualità di curatore di Geremia, e Pasquale destinato dalla già regia corte di Caserta a rappresentargli nell'*expedit*, che la stessa Mastrojanni aveva chiesto per la vendita del rimanente di una casa ereditaria del fu Pietro, per essere soddisfatta delle sue doti, ne fecero la vendita a D. Pasquale, e D. Giovanni Centore per lo prezzo, e sotto le condizioni contenute in una sentenza dell' allora giudice di pace di quella città rivestito della qualità di arbitro.

» Nel detto istrumento si disse, che la eredità del detto fu Pietro consisteva in una casa comprata nell' 1791 per ducati 525 e che sulla stessa gravitavano ed un debito di ducati 50 a favore di D. Gennaro Mastrojanni e le doti di essa Angela in ducati 280. Che precedanti due decreti di *expedit* spediti dalla stessa regia corte ne' 17 dicembre 1803 e ne' 9 luglio 1805 si era alienato un basso della suddetta casa per ducati 100 a beneficio di D. Giuseppe Mezzacapo, ed un' altra camera si era aggiudicata al detto D. Pasquale per ducati 162, e grana 70.

» Ch' essa vedova per soccorrere i suoi figli aveva contratto un debito di ducati 150 col detto D. Pasquale, mediante regio assenzo per l'obbligo delle di lei doti:

» Che avendo la stessa Mastrojanni chiesto nel 1808 nella stessa regia corte il pagamento delle sue doti colla vendita di tutta, o di parte della detta casa per estinguere in tal modo il debito suddetto, e per supplire a' suoi bisogni, erasi sù tale domanda impartito termine sommario, con doversi sentire i suddetti Salvatore, e Michele maggiori, ed i detti Geremia e Pasquale nella persona del detto D. Pietrangelo d' Amico, e che essendosi nel dì 1 settembre 1808 nominati i periti si era da' medesimi in dicembre 1808 dato fuori l' apprezzo per ducati 466 e grana 66.

» Ed in fine che avendo tanto essa vedova, quanto i detti Salvatore, e Michele, e 'l detto curatore per li minori Pasquale e Geremia nominato arbitro l' allora giudice di pace, questi nel dì 17 febbrajo 1809 aveva dichiarato di essere espediente, che la casa si vendesse colle seguenti condizioni:

» 1.° Che il compratore dovesse pagare ducati 40 di più per prezzo di affezione:

» 2.° Che il creditore Centore dovesse rilasciare tutti gl' interessi del detto suo credito:

» 3.° Che una metà del prezzo, depurato delle spese, dovesse rimanere presso del compratore per sicurezza delle doti di Rachele Fimiani coll' interesse al 8 per 100, e l' altra metà dovesse pagarsi libera alla vedova Mastrojanni, ed al di lei figlio primogenito Salvatore Fimiani per riparare alle urgenze della famiglia:

» 4.° Finalmente, che collocandosi detta Rachele in matrimonio, o in chiostro, il compratore avesse dovuto subito pagare la metà del prezzo, che riteneva.

» Sù queste basi la vendita di tutta la restante casa venne eseguita da detta Angiola Mastrojanni, Salvatore, e Michele Fimiani, e dal suddetto d' Amico nel suddetto nome in detto giorno coll' enunciato istrumento in favore de' nominati D. Pasquale, e D. Giovanni Centore.

» Di tutt' i figli del detto fu Pietro sono superstiti i soli Geremia, e Rachele, e tutti furono alunni nel reale Albergo de' poveri.

» I nominati Geremia, e Rachele nel dì 12 maggio 1821 il primo cioè, ed in nome proprio, e qual coerede del fu Pasquale, e la seconda come coerede del detto Pasquale chiesero nel tribunale di Terra di Lavoro, che D. Pasquale Centore anche qual' erede di D. Giovanni venisse condannato a rilasciare in loro favore le porzioni di esso Geremia, e del fu Pasquale sulla suddetta casa per essere stato nullo il suddetto contratto, in cui non erano intervenuti essi Geremia, e Pasquale perchè minori, nè si erano osservate le formalità dalla legge richieste nell' interesse de' minori.

» Il tribunale civile suddetto in contumacia del convenuto con sentenza de' 14 giugno 1821 fece dritto alla domanda degli attori; ed indi pronunciando sulle opposizioni di Centore con altra sentenza dei 14 di agosto dell' anno suddetto le rigettò con avere però ordinato, che gli attori prima di entrare nel possesso del fondo da doversi loro rilasciare da Centore, lo avessero dovuto rimborsare di tutte le quantità, che da legittimi documenti apparissero versate in vantaggio degli attori medesimi, e delle migliorie.

» Sull' appello prodotto da Centore ebbe luogo in di lui contumacia una decisione di congedo, alla quale Centore si oppose, sostenendo:

1.° Che il tribunale malamente aveva dichiarata nulla la vendita nell' interesse di detti Geremia, e Pasquale per non essere stata preceduta dal consiglio di famiglia omologato dal tribunale di prima istanza, nel mentre che prima della promulgazione del codice civile si erano nel 1808 fatti gli atti di già enunciati nella regia corte di Caserta col detto curatore, e dopo di essersi presso quegli atti fatto anche l' apprezzo, vi era stato l' avviso dell' arbitro eletto nella persona dell' allora giudice di pace di Caserta sulla utilità, e vantaggio della vendita:

» 2. Che per Rachele vi concorreva pure la circostanza, che divenuta maggiore aveva accettato l' istrumento di vendita, con avere riscossa la sua dote sul prezzo rimasto presso di lui:

» 3.° Che il tribunale aveva creduto, che i soli Geremia, e Rachele fussero eredi di Pasquale, nell'atto che all'epoca della di lui morte avvenuta nel dì 31 gennajo 1812 vivevano Michele, e la di lui madre Mastrojanni intervenuti nel contratto, per cui le di loro quote sulla credità di Pasquale a lui si appartenevano :

» 4.° Finalmente, che il tribunale nell' avere enunciate le somme versate in favore de' minori, e le migliorie, non aveva fatta menzione nè delle doti di Mastrojanni in ducati 280, nè delle doti di Rachele, e di lui, già soddisfatte.

» Gli attori sostenendo la nullità del contratto, aggiunsero, che il pagamento fatto a Rachele dava dritto a Centore alla somma pagata, e non già poteva convalidare il contratto, e che la ratifica abbisognava dell' espressa menzione dell' atto, e dell' approvazione.

» La gran corte civile con decisione de'6 febbrajo 1822 facendo dritto all'appello, ed alle opposizioni del signor Centore rivocò la sentenza appellata, e l' opposta decisione, e l'assolvè dalle domande di Geremia e Pasquale Fimiani, espresse nella suddetta citazione.

» Questa decisione sul ricorso di detti Fimiani venne annullata con arresto de'8 marzo 1823, soprattutto per l' offesa recata a' decreti de'22 ottobre, e de'26 dicembre 1808 ed agli articoli 457 (380) e seguenti dell' abolito codice civile.

» Riportata la controversia ad altra camera della gran corte civile, la stessa considerò,

» Che Angela Mastrojanni aveva nel 1803 e 1805 distratta una parte della casa ereditaria in Caserta ne' modi richiesti dalle leggi del tempo, ed adoprate le formalità prescritte per gl'interessi dei minori;

» Che nel 1808 la stessa Mastrojanni aveva chiesto, secondo il rito del tempo, di essere autorizzata a vendere il resto della casa e soddisfare i debiti contratti sulla sua dote, e per alimentare i suoi figli;

» Che in dicembre di quell' anno erasi completato l'apprezzo giuridicamente di quella casa per una somma minore di quella poi pagata da Centore;

» Che quantunque nel 24 aprile 1809 si diceva stipulato quel contratto, pure gli atti richiesti per l' interesse de' minori, eransi già prima completati, e sinanche il decreto di *expedit* si era pronunziato a 17 febbrajo 1809.

» Che la vendita fatta a Centore erasi perfezionata con tutti gli atti, che riguardavano tanto la conoscenza dell'espedienza della vendita, che del prezzo della casa, cose tutte seguite prima che il codice civile fosse in osservanza ;

» Che l'istrumento de' 14 aprile 1809 erasi stipulato per futura memoria di un contratto già perfezionato con gli atti precedenti alla pubblicazione della novella legislazione ;

» Che da tali osservazioni risultavano inapplicabili alla validità, ed invalidità del contratto le disposizioni dell'abolito codice civile, a norma delle quali erasi discusso il ricorso di Fimiani dalla corte suprema di giustizia.

» Per tali considerazioni la gran corte a 27 giugno 1823 giudicando sull' appello di D. Pasquale Centore, contro le sentenze del tribunale civile di Terra di Lavoro de' 14 giugno, e 14 agosto 1821 sulle uniformi conclusioni del pub. minist. difinitivamente fece dritto all'appello; quindi annullando tali sentenze ordinò, che il signor Centore restasse intieramente assoluto dalle dimande di Geremia, e Rachele Fimiani, che vennero rigettate. Compensò le spese, e la multa non dovuta.

» Contro tal decisione Geremia, e Rachele Fimiani han prodotto ricorso per annullamento pei seguenti motivi.

» 1.° Han detto, che la gran corte aveva considerato, che Angela Mastrojanni avea nel 1803, e 1805 distratta una parte della casa ereditaria, ne' modi richiesti dalla legge del tempo. Che ciò era in espressa contraddizione del fatto, e della legge.

» Del fatto perchè un sol decreto di *expedit* erasi profferito : della legge perchè non furono serbate le regole di dritto.

» 2. Han detto, che la gran corte aveva considerato, che la Matrojanni nel 1808. chiese di essere autorizzata a vendere il re-

sto della casa, tanto per soddisfare i debiti contratti sulla dote, quanto per alimentare i suoi figli.

» Ciò, si dice, è resistito dal fatto, giacchè Mastrojanni creditrice aveva chiesto la vendita di tutto, o parte della casa. Che ai di lei figli, stando tutti rinchiusi nel real Albergo de' poveri, mancava l' oggetto degli alimenti per essere alimentati dal Governo.

» 3. La gran corte ha considerato, che quantunque a 24. aprile 1809. si fosse stipulato il contratto di vendita, pure gli atti richiesti nell' interesse de' creditori eransi adempiti prima di tal epoca.

» Ciò, si dice, e resistito ancora dal fatto, dal quale costa, che appena un semplice apprezzo erasi prima eseguito.

» Che il decreto stesso di *expedit* pronunziato a 17. febbrajo 1809. fu nullo, perchè pronunziato in tempo, che vigeva la novella legislazione, la quale non riconosceva siffatto decreto, essendo stati surrogati a quello altri procedimenti, giusta gli art. 457. (380) e seguenti cod. civile, e gli art: 954. (1030) leg. di procedura.

» 4. La gran corte ha considerato, che la vendita fatta a Centore fu perfezionata con tutti gli atti, che riguardavano la conoscenza della espedienza della vendita, e del prezzo prima che il codice civile abolito avesse il suo effetto.

» Ciò ancora si dice, di esser contrario al fatto, ed alla legge; poichè il contratto fu stipulato nel 1809. allorquando dalle novelle leggi per la vendita degl' immobili de' minori eran prescritte novelle formalità.

5. La gran corte ha considerato, che lo strumento stipulato a 24. aprile 1809. fosse stato fatto per futura memoria di un contratto già perfezionato.

» Questa considerazione, si dice, per le circostanze enunciate è erronea, ed abusiva.

» 6. Finalmente la gran corte ha considerato, che le disposizioni dell' abolito codice erano inapplicabili alla validità, o invalidità del contratto.

» Questa considerazione, si dice erronea poichè, come si è osservato, il decreto di *expedit* fu dato fuori nel tempo ch'erano in osservanza le disposizioni del codice civile.

» Udito il rapporto, presente pei ricorrenti l' avvocato D. Michele Lemetre, non essendo intervenuto alcuno pel convenuto; ed inteso il pubblico ministero il quale ha conchiuso all' annullamento della decisione impugnata, non solo pei mezzi dedotti dai ricorrenti, ma anche pel mezzo da lui elevato di uffizio, di essersi, cioè, illegalmente compensate le spese.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubbl. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Visti gli art. 457. 460. 1108. 1124. 1583. e 2045. dell' abolito cod. civ. (380. 383. 1062. 1078. 1428. 1917.) e gli art. 954. e 955. (1030. e 1031) dell' abolito cod. di procedura civile vigenti nel dì 24 aprile 1809. non difformi dalle disposizioni delle attuali leggi civili.

» Considerando,

» Che se ovvio è nel diritto, che gli atti perfetti sotto le leggi abolite siano fuori dell' impero delle leggi novelle, e se ne anco è da dubitarsi, che la compra-vendita è riputata perfetta dalle antiche, non meno che dalle attuali leggi, allorchè i contraenti hanno convenuto della cosa, e del prezzo, e che le nuove leggi ne anche richieggono la tradizione per la traslazione del dominio: art. 1584. cod. civ. (1429) è ugualmente certo, che siffatta teoria è fondata sulla capacità de'contraenti a prestare liberamente il loro consenso. Ed è perciò, che tralle considerazion' essenziali alla validità delle convenzioni nelli art. 1108 del cod. sud. (1062) si enuncia la capacità de' contraenti; nè diversi erano i principj della romana legislazione come si trae dalle leggi 1. §. 2. e 27. §. 4. *D. de pactis*, ed altre relative alla soggetta materia.

» Considerando,

» Che da questi principj derivando come conseguenza necessaria la incapacità de' minori a prestare quel consenso, senza del quale non può darsi contratto, vengono dichiarati incapaci nell'art. 1124 del cod. suddetto (1078) ugualmente che lo erano sotto le leggi romane, come si trae dalle leg. 35. e 48. *D. de minor.* 6. e 101. *de verbor. oblig.* e delle concordanti.

» Considerando,

» Che non permettendo altronde la legge, che da siffatta incapacità personale possa o ridondare danno ai minori, o non percepire del vantaggio dalla distrazione di qualche loro fondo, ha voluto, che il loro consenso fosse supplito dall' uomo prudente, qual' è appunto il magistrato, senza l' autorità del quale sotto l' abolita legislazione non si permetteva l' alienazione dei beni del minore, come si ravvisa dalle leggi 8. 12. e 18. del cod. Giustinianeo sotto il titolo *de praediis et aliis reb. minor.* e nel nostro antico foro a conoscere della necessità, o utilità, il che riguardava il fatto, si adoperavano, ed il termine; e l' apprezzo, e le altre indagini opportune; e le stesse compilate, il giudice competente interponeva, se lo conosceva regolare, il decreto di *expedit*, dopo del quale la vendita andava ad eseguirsi.

» Considerando,

» Che col passaggio alla nuova legislazione avvenuta nel dì 1. gennajo 1809; per effetto del decreto de' 22. ottobre 1808; questi stessi precetti si trovano racchiusi negl' indicati art. 457. a 460. cod. civ., (380. e 383) che anzi in essi si contiene anche il procedimento da serbarsi:

» Che in effetto nell' art. 457. del codice suddetto (380) è vietato al tutore, ancorchè sia il padre, o la madre, di alienare, od ipotecare i beni del minore, senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia; nè le deliberazioni de' consigli suddetti possono aver esecuzione, se non dopo che il tutore ne abbia ottenuta la omologazione dal tribunale di prima istanza, inteso il regio procuratore, giusta l' art. 458. (381.)

» Che dopo di tutto ciò nel seguente art. 459. (382) si prescrive, che la vendita debba farsi all' asta pubblica da un membro del tribunale medesimo o da un notajo a ciò destinato, previ tre avvisi da affiggersi in tre domeniche successive ne' luoghi soliti del comune:

» Che alle formalità soltanto contenute negli art. 457. e 458. (380 e 381) la legge nell' art. 460. (383) porta eccezione nel caso in cui una sentenza abbia ordinato l' incanto in conseguenza di una provocazione di un comproprietario indiviso, e non già alla necessità dell' asta pubblica voluta nel mentovato art. 459 (382) che anzi si dichiara, che solamente, ed in questo caso l' incanto possa farsi nella forma prescritta nel precedente art. 459.

» Ed in fine, che a siffatte disposizioni corrispondono gli art. 954. e 955. (1030. 1031) dell' abolito cod. di procedura civile, il quale aveva avuto forza di legge dal dì 1. del detto mese di aprile in esecuzione del decreto de' 26. dicembre 1808.

» Considerando,

» Che all' esposte teorie mal si adatta il principio sul quale è fondata la decisione impugnata, cioè, che l' istrumento stipulato nel dì 24. aprile 1809. non servì, che a tramandare la memoria del contratto già perfetto sotto le leggi preesistenti; dappoicchè se si riguarda il primo stadio percorso a tutto dicembre 1808, lo stesso non offre, che degli atti preliminari al decreto di *expedit*, che restava a spedirsi, per indi procedersi alla stipulazione del contratto, roborato dall' autorità giudiziaria; nè altrimenti la vendita avrebbe potuto sotto quelle leggi riputarsi validamente perfezionata.

» Considerando,

» Che guardandosi il secondo stadio percorso sotto il regime del solo codice civile, ed essendosi la nuova legge impossessata della cosa nello stato in cui si trovava, non era più tralle attribuzioni affidate dalle nuove leggi a' giudici di pace quella di conoscere della espedienza dei contratti dei minori; e per conseguente doveva conoscersene nel modo voluto dagli art. 457. e 458. (380 381).

» Che se anche avesse potuto credersi, che gli atti già fatti nell' abolita corte di Caserta fossero stati valevoli ad escludere dal consiglio di famiglia, nondimeno apparteneva al tribunale competente il conoscerne a' termini dell' articolo 458; l' interporre, o negare la sua omologazione alla incoata vendita.

» Ed in fine, che nel caso, che il tribunale avesse creduto di ordinare di procedersi alla vendita sugli atti, che si erano già fatti, questa non avrebbe potuto eseguirsi che in presenza del tutore surrogato, e previe le subastazioni richieste a fissarsi il giusto prezzo, nel modo prescritto negli articoli 459 e 460 (382. e 383.)

» Considerando, che tutto ciò non poteva supporsi supplito dalla sentenza del regio giudice rivestito pure della qualità di arbitro, e perchè come giudice mancava di giurisdizione, e perchè non poteva la tutrice, e molto meno il curatore de' minori, come coloro, che non potevano transigere (articolo 2085 detto codice) e devenire ad arbitramento; e molto più perchè gl' interessi della tutrice erano in opposizione di quelli de' suoi figli minori, e mancava pure il tutore surrogato.

» Ed è perciò, che non poteva, che fallacemente credersi, che l'avviso di quel giudice di pace, conceputo ne' termini di una transazione diretta a fissare i reciprochi interessi tra' i venditori ed il compratore escluse le subastazioni, avesse operata la perfezione della suddetta vendita.

» Considerando, che se questo era lo stato delle cose al terzo stadio, o sia all'epoca in cui anche il codice di procedura aveva forza di legge, ne risulta, che coll' istrumento de' 24 aprile 1809 altro non potè farsi, che recar ad effetto senz' altra ritualità quella vendita, alla quale l'allora giudice di pace di Caserta non avea potuto come giudice accordare l'autorità giudiziaria, e che come arbitro nullamente eletto, erroneamente aveva creduto di stabilire per conciliare gl'interessi di tutte le parti per mezzo di un economico espediente.

» Ond'è, che quel contratto derivato dall' abuso fatto dal signor d'Amico delle sue facoltà nell'interesse de' minori Fimiani, a traverso de' precetti della legge, e mancante delle dovute solennità, non poteva, che fallacemente caratterizzarsi come diretto soltanto alla memoria di un'atto già perfetto tra contendenti abili a contrattare.

» Quindi è che la decisione in esame, anche a prescindere da ogni altra osservazione, debba esser annullata nell' interesse de' ricorrenti Fimiani, perchè in essa si sono soprattutto violati gli articoli sopra indicati.

» Veduto finalmente l' articolo 222 delle suddette leggi di procedura civile.

» La corte suprema considerando.

» Che il mezzo elevato dal pub. minist. all' udienza per l' interesse della legge, di essersi cioè nella impugnata decisione compensate le spese; nell'atto che il signor Centore è stato interamente assoluto dalle domande di Geremia, e Rachele Fimiani, che sono state rigettate, è fondato sulla letterale disposizione dell'indicato articolo 222; in cui si prescrive la condanna del succumbente alle spese, lo ha accolto; e per queste considerazioni l' ha annullata anche per questa parte nell' interesse della legge.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione, rimettendo le cose nello stato ad essa precedente; e rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli.

,, §. 58. Le deliberazioni del consiglio di ,, famiglia relative a quest'oggetto non avranno esecuzione se non dopo che il tutore ,, ne avrà chiesta ed ottenuta l'omologazione del tribunale civile, il quale deciderà ,, nella camera del consiglio, sentito il procuratore regio. *Art.* 381. *Leg. civ.*

Inoltre per la validità della vendita de' beni del minore le leggi di rito civile dispongono che

,, Quando il tribunale civile omologherà le deliberazioni del consiglio di famiglia relative all' alienazione degl' immobili de' minori, dovrà colla sentenza stessa nominare uno o tre periti, secondo quello che richiede la importanza de' beni, ed ordinare che gl' incanti sieno pubblicamente aperti sulla stima de' periti medesimi davanti un notajo incaricato a tale oggetto dalla stessa sentenza. *Art.* 1031. *Leg. di proced. ne giud. civ.*

» I periti, quando sieno tre, dopo aver prestato giuramento distenderanno la relazione con un solo parere emesso a pluralità di voci; e questa relazione dovrà presentare i fondamenti della stima che avranno fatta. Se il perito sarà un solo, la sua relazione presenterà parimenti i fondamenti della stima. *Art.* 1032. *idem.*

» Il perito o i periti rimetteranno l'originale della relazione o nella cancelleria o nelle mani del notajo, secondochè sarà stato destinato a ricevere le offerte fatte all'incanto un individuo del tribunale o un notajo. *Art.* 1033. *idem.*

» Gl' incanti saranno aperti sopra il quaderno delle condizioni della vendita, che sa-

rà stato depositato o nella cancelleria o nelle mani di un notajo, e che dovrà contenere. *Art.* 1034. *idem.*

» 1.° l'esposizione della sentenza che avrà omologato il consiglio di famiglia;

» 2.° l'indicazione del documento dimostrativo della proprietà;

» 3.° la descrizione sommaria de' beni da vendersi, ed il prezzo della loro stima;

» 4.° le condizioni della vendita.

» Se la vendita sarà giudiziale, il quaderno sarà letto all'udienza, e nel tempo della lettura verrà indicato il giorno nel quale sarà fatta l'aggiudicazione preparatoria. Dal giorno della lettura a quello dell'aggiudicazione dovranno passare almeno quindici giorni. *Art.* 1035. *idem.*

» Per mezzo di editti verrà indicata l'aggiudicazione preparatoria, sia che debba farsi davanti al tribunale, o davanti al notajo. Questi editti non conterranno che la descrizione sommaria de' beni; i nomi ed i cognomi, la professione ed i domicilj del minore, del di lui tutore e del di lui tutor surrogato; ed il luogo di abitazione del notajo, se la vendita dovrà farsi avanti di esso *Art.* 1036. *idem.*

» Gli editti saranno affissi in tre domeniche consecutive *Art.* 1037. *idem*

» 1.° alla porta principale di ciascuna delle fabbriche poste in vendita;

» 2.° alla porta principale de' comuni ove saranno situati i beni: e nelle città di più quartieri, alla sola porta principale della municipalità nel di cui circondario esisteranno i beni predetti;

» 3.° alla porta esteriore del tribunale che avrà permesso la vendita, ed anche alla porta del notajo, se questi dovrà presedere alla vendita.

» I sindaci, o gli eletti che ne fanno le veci, de' comuni ove saranno stati affissi gli editti, apporranno a' medesimi il loro *visto*, come ne certificheranno la pubblicazione in un esemplare che resterà unito agli atti, zenza spese.

» Sarà inserita una copia degli editti in un giornale, secondo quel che di sopra è stato disposto nell'articolo 778. Questa inserzione sarà fatta otto giorni almeno avanti il giorno indicato per l'aggiudicazione preparatoria, e dovrà verificarsi ne' modi che sono stati esposti dal titolo *del modo di eseguire la spropriazione degl' immobili. Art.* 1038. *idem.*

» L'affissione degli editti e la inserzione di essi ne' giornali saranno rinnovate otto giorni almeno avanti l'aggiudicazione diffinitiva. *Art.* 1039. *idem.*

» Se nel giorno indicato per l'aggiudicazione diffinitiva le oblazioni fatte all'incanto non ascendono al prezzo della stima, il tribunale, sulla nuova deliberazione di un consiglio di famiglia, potrà ordinare l'aggiudicazione dello stabile al maggiore offerente, quando anche il prezzo si trovi al di sotto della stima. A tale oggetto l'aggiudicazione sarà prorogata con un termine da stabilirsi nella sentenza, il quale non potrà esser minore di giorni quindici. *Art.* 1040. *idem.*

» L'aggiudicazione sarà parimente indicata con editti affissi ne' luoghi e ne' comuni predetti, muniti del *visto*, certificati ed inseriti ne' giornali otto giorni almeno avanti la detta aggiudicazione, conforme è stato stabilito di sopra.

» Nel resto saranno osservate, riguardo all'ammessione delle offerte, alla forma dell'aggiudicazione ed agli atti consecutivi, le disposizioni contenute nel titolo *del modo di eseguire la spropriazioni degl' immobili*, all'articolo 786. e seguenti. Nondimeno se gl' incanti si faranno avanti di un notajo, ogni persona avrà diritto di farli senza ministero di patrocinatore. *Art.* 1041. *idem.*

,, §. 59. La vendita si farà in presenza ,, del tutore surrogato all'asta pubblica, i ,, cui atti saranno ricevuti da un giudice del ,, tribunale civile o da un notajo a ciò deputato, e dopo tre avvisi da affigersi a' ,, luoghi soliti del circondario in tre domeniche consecutive.

,, Ciascuno di questi avvisi sarà approvato e sottoscrito dal sindaco del comune in cui sarà stato affisso. *Art.* 382. *Leg. civ.*

Nella corte d'appello di Roven con decisione del 4 pratile anno 12 si professò la giurisprudenza che quando gli eredi maggiori provocano la vendita degl' immobili indivisi

con dei minori, può questa esser fatta indifferentemente innanzi al giudice, o innanzi al notajo, e dove li detti immobili sono situati.

,, *Fatto*. Dopo la morte della vedova Jubert di Bouville, i suoi eredi beneficiarj convengono che i suoi beni saranno messi all'asta.

,, Essi stabiliscono, che la terra di Pormort sarà venduta avanti ad un notajo di Rouen, e gli altri immobili avanti ad un notajo di Andélys.

,, I coeredi maggiori domandano al tribunale, 1 l'omologazione delle loro deliberazioni; 2 la nomina de' periti i quali, dopo il giuramento prestato giudizialmente, sarebbero dispensati dal prestarne un secondo per ratificare i loro processi verbali; 3 la loro rimessione innanzi al notajo che eglino avevano scelto, per procedere alla vendita de' beni, ed alle operazioni della eredità.

,, Il tribunale di Andélys pronunciò come segue sopra tal domanda.

»» Considerando che vi sono molti minori nel numero degli eredi della defunta signora Bouville. Considerando che gli articoli 459 e 460 (382 e 383) del codice civile, nel capo delle tutele, non possono essere in alcun modo applicati al presente caso. Considerando che si tratta di una vendita, mediante licitazione di beni di una eredità aperta in questo circondario, nella quale hanno parte dei minori;

»» Considerando ciò che risulta dalle disposizioni degli articoli 827 e 839 (746 758);

»» Il tribunale dichiara che la vendita col mezzo della licitazione non può aver luogo che innanzi ad esso, in presenza del commissario del governo, stipulante gl'interessi dei detti minori, all'epoche che verranno determinate mediante pubblici avvisi, e l'ultima delle quali sarà senza dilazione. Dichiara altresì di omologare la deliberazione, per essere nel resto eseguita secondo la sua forma e tenore, eccettuata la vendita, la quale avrà luogo, come si è detto qui sopra. E per arrivarvi, nomina i tali periti destinati ad apprezzare li detti beni, i quali presteranno giuramento di farlo fedelmente. E rispetto alle operazioni ulteriori e particolari alla detta vendita, nomina e commette Beuzelin, notajo ad Andélys: accorda l'atto del giuramento dei periti eccetto la ratifica dei loro processi verbali e del loro deposito alla cancelleria del tribunale. »»

» Gli eredi maggiori appellarono da questa decisione. I motivi che fece valere a loro favore il sig. Boucher di Tronchey, si ritrovano nella decisione seguente, che li ha adottati in parte.

» *Decisione*. Visti gli articoli 459 e 460. (382. e 383).

» Visti similmente gli articoli 827, 828, e 839. (747. e 758)

» Considerando che le formalità da osservarsi, in fatto di vendita o di licitazione in giustizia di beni dei minori, sono descritte nella sezione 8 del cap. 2 della legge sulla minorità, e che risulta, art. 369 e 460 (382 e 383) che dopo la formazione degli atti preliminari, la vendita o licitazione deve farsi pubblicamente, in presenza del surrogato tutore, e col mezzo dell'asta, le di cui obblazioni sono ricevute da un giudice o da un notajo delegato dal tribunale;

» Considerando che l'art. 827 (746) della legge delle successioni non è che indicativa e distintiva del caso in cui tutte le parti sono maggiori, da quello in cui vi sono interessati de' minori all'atto della licitazione: che non possono esservi due maniere di operare, l'una pel caso della vendita pura, e semplice, l' altra pel caso di vendita mediante licitazione: che ordinando, allorchè vi sono de' minori interessati ad una licitazione che la vendita debba farsi innanzi al tribunale, l'articolo non significa altra cosa, se non che essa deve farsi giudizialmente, conformemente alle regole stabilite per l'alienazione dei beni de' minori: che il senso dell'art. 827 (746) è talmente indubitato, che l'art. 839 (758) lo ha determinato egli medesimo esplicitamente per tal maniera; epperò che è certo che allorquando si tratta di vendere, ovvero mettere all'asta dei beni de' minori, è necessario ed indispensabile di conformarsi al modello stabilito dalla legge sulla minorità, e che li giudici di Andélys, ordinando che le obblazioni all'asta si ricevessero dallo stesso tribunale, in luogo di esserlo da un giudice ovvero da un notajo a ciò delegato, ha sostituito ad una for-

malità alternativa una formalità positiva che non è in senso della legge, ed ha commessa una violazione manifesta dell'art. 839 (758) della legge delle successioni, sezione della divisione, e degli articoli 459 e 460 (382 e 383) di quella sulla minorità;

» Considerando, che per decidersi nell'alternativa di delegare, sia un giudice del tribunale, sia un notajo, il voto delle parti interessate, diretto all'oggetto di trarre il miglior partito dalla vendita, è il punto principale a fissarsi: che, nel caso in cui si tratta della licitazione di una terra della massima importanza, egli è evidente che vi è a sperare una più grande concorrenza di obblatori nella città di Rouen che in quella di Andélys: che l'interesse del minore e degli altri comproprietarj è uno, e che, negli atti concernenti deliberazioni di famiglia e di coeredità, tutti convengono sui vantaggi a commettere un notajo della città di Rouen pel ricevimento delle obblazioni all'asta della terra di Portmort.

» Considerando che i periti, i quali debbono procedere giusta la stima, avendo prestato il giuramento richiesto in tal caso avanti il tribunale di Andélys, sarebbe inutile, e contro la pratica adottata generalmente nella provincia, detta in passato di Normandia, di esigerne un secondo dopo la formazione del loro processo verbale,

» Considerando che il notajo di Andélys, il quale può essere preposto a ricevere le obblazioni all'asta dei beni, eccettuati quelli componenti la terra di Portmort, può del pari a termini dell'art. 828 (747) della legge delle successioni, essere commesso, conformemente al voto di tutte le parti interessate, per procedere alle operazioni ulteriori della vendita della terra di Portmort, come a quella degli altri beni.

» La corte,

» Facendo ragione rispetto all'istanza del 27 fiorile ultimo, ed alle conclusioni del sostituto del procuratore genenerale imperiale, riforma la sentenza, ed ordina che la vendita, mediante licitazione, della terra di Portmort, sia fatta a Rouen innanzi al nominato notajo, e che quella degli altri beni a licitarsi, si faccia ad Andélys innanzi al notajo: ordina che i periti depositino i loro processi verbali presso li detti notari; vale a dire il processo verbale della stima della terra di Portmort, presso il notajo di Rouen, e gli altri processi verbali presso il notajo di Andélys: dispensa li detti periti dal prestare un nuovo giuramento per ratificare i loro processi verbali, ed ordina che si proceda innanzi al notajo di Andélys a tutte le operazioni ulteriori alla vendita dei beni di cui si tratta, compresavi la terra di Portmort ».

Risoluto il contratto di vendita di un fondo pupillare, la rivendita *in damnum* dee farsi secondo le formole necessarie a render valida l'alienazione, così in riguardo al prezzo da stabilirsi, che in riguardo all'autorità del magistrato da interporsi. Decisione della suprema corte di giustizia de' 27 aprile 1826.

» *Fatto*. D. Marianna Ribas madre, e tutrice de' minori Margarita, Errico, e Letizia Brendarelli, ed i figli maggiori Domenico, Costanza, e Gaetano Brendarelli esposero volontariamente in vendita taluni fondi per estinguerne debiti, dietro l'autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale di Teramo.

» Si fecero tutti gli atti voluti dalla legge avanti il notaio delegato dal tribunale, e tra l'altro i capitoli di vendita, ne' quali si disse, che non adempiendo l'aggiudicatario si facesse la vendita in danno del medesimo.

» Dietro l'incanto diffinitivo Filippo Jannetti rimase aggiudicatario di uno de' fondi per ducati 1777 13 e non avendo lo stesso adempito al pagamento, il suddetto fondo restò aggiudicato a D. Bernardo d'Ercole per ducati 810, dopocchè furono eseguite le solite formalità. D. Ercole pagò l'importo dell'aggiudicazione, e rivendè il fondo ad altri.

» I Brendarelli intanto convennero Jannetti nell'anzidetto tribunale per lo pagamento di ducati 967 13 differenza di prezzo tra le due aggiudicazioni.

» Il tribunale con sentenza contumaciale de' 17 febbrajo 1823 condannò il signor Jannetti al pagamento della somma suddetta, agl' interessi, e spese; ma avendo costui prodotte le opposizioni con eccepir la nullità della vendita fatta a suo danno, chiamando in causa

il signor Ercole, il suddetto tribunale con altra sentenza de' 27 agosto 1823 rivocò la precedente contumaciale, dichiarò nulla l'aggiudicazione in grado di rivendita, ed ordinò, che Jannetti pagasse l' importo dell' aggiudicazione anche coll' arresto personale; in mancanza si devenisse alla nuova vendita, in danno del medesimo.

» D. Bernardo d' Ercole appellò da tal sentenza, sostenendo la validità della vendita. La gran corte civile di Aquila con decisione de' 4 febbrajo 1825 tra l' altro osservò, che per eseguirsi la rivendita non vi bisognava nuova autorizzazione del consiglio di famiglia; che Jannetti fu inteso in tutti gli atti senza opposizione; e che tutta la seconda procedura era in regola: quindi rivocò la sentenza appellata, ed ordinò eseguirsi la contumaciale del tribunale medesimo.

» Avverso questa decisione Filippo Jannetti ha prodotto ricorso per annullamento tra l'altro perchè non si erano osservate le formalità prescritte nell'articolo 823 (906) legge di procedura civile nel devenire alla rivendita in danno, il quale era rimasto violato.

» Udito il rapporto presenti gli avvocati D. Michele Roberti per Jannetti, e D. Martinangelo de Martino per Ercole, ed inteso pel pub. minist. il consigliere Parisio.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione; visto il ricorso.

» Vista la *L.* 6. *D. de contrah. empt. L.* 4. 5. *e* 6. *D. de. L. com. L.* 4. *Cod. de pactis inter empt*, *et vendit.*

» Considerando, che tanto se il fondo esca dal compratore per l'aumento del prezzo nella vendita, col patto dell' addizione *in diem*, che se si risolve sulle leggi commissorie per lo inadempimento a' patti co' quali fu ultimato il contratto, e si rivenda; nell' uno, e nell' altro caso il secondo contratto non è che una continuazione del primo.

» In conseguenza nel caso, che pel secondo dei due indicati motivi, si risolva il contratto di vendita di un fondo pupillare, come rientra nel dominio del pupillo, la rivendita *in damnum* non può farsi senza conservare i dati essenziali richiesti per l'alienazione de' predii di coteste persone privilegiate. Val dire, che la candela non può accendersi che sul valore indicato da' periti destinati dal magistrato.

» Così nella rivendita del fondo de' minori Brandarelli da farsi a danno di Filippo Jannetti inadempiente, non poteva ammettersi l' offerta arbitraria di D. Bernardo Ercole, e rilasciarsi al medesimo per ducati 810 il fondo apprezzato per ducati 1777 13. Nella vendita volontaria de' beni de' minori non vi è mai l'arbitrio di ricevere offerta qualunque, ma come nelle divisioni e vendite, così nelle rivendite è d' uopo l' avviso del pub. minist. e l' autorità del magistrato, sempre che occorra deviar dal prezzo già stabilito da' periti.

» Ed avverte la corte suprema, che non possono coteste massime trasandarsi sulla idea, che il minor prezzo, che mai venga dalla rivendita ceda a carico del primo compratore. Avvegnacchè siccome la contumacia del medesimo, e la necessità della rivendita fanno supporre, che non possa facilmente riscuotere il valore della cosa, il rinfranco del minor prezzo può essere men sicuro nell' interesse del minore. Anche perchè la misura del danno pel regresso contro il primo compratore non sicuramente si trova, che dietro la rivendita fatta *juris ordine servato*.

» Non potea perciò negarsi a D. Filippo Jannetti il dritto di opporsi alla esecuzione del verbale di aggiudicazione fatta ad Ercole, non già contro l' atto di quell' ufficiale pel debito caricatogli dal notajo. Ed in conseguenza l' appello dovea prodursi avverso la sentenza, che lo rese esecutorio; l'appello, ch' è il richiamo della sentenza del minor giudice al maggiore non conviene all'atto del notajo, sibene alla sentenza che lo riguarda; e siccome nella specie la sentenza del tribunale de' 17 febbrajo 1823 ammette una rivendita, che manca nè dati sostanziali, ed è in opposizione a principj summentovati. La decisione, che ordina di eseguirsi non può reggere in faccia alla legge.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema in conformità delle conclusioni del pub. minist., annulla la decisione impugnata; rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame alla

gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirs' il deposito.

» §. 60. Le formalità richieste negli arti-
» coli 380 e 381 per l'alienazione de' beni
» del minoro non hanno luogo nelle vendite
» giudiziarie che si fanno ad istanza de' cre-
» ditori; nè si applicano al caso in cui una
» sentenza avesse ordinato l'incanto in con-
» seguenza di una domanda di un condomino
» indiviso.

» Solamente in questo caso l'incanto non
» potrà farsi se non nella forma prescritta
» dall'articolo precedente: gli estranei vi sa-
» ranno necessariamente ammessi. *Art.* 383.
» *Leg. civ.*

Gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano staccarono anche dall'autorizzazione del magistrato la divisione de' beni del minore, provocata dal maggiore.

» Inter omnes minores nec commune praedium sine decreto praesidis, sententia senatusconsulti distrahi (*etiam per divisionem. Est enim quaedam alienatio per divisionem, et adjudicationem*) patitur, nam ad divisionis causam provocante tantum modo majore socio, ejus alienationem, et sine decreto fieri jam pridem obtinuit. *L.* 17. *Cod. de praediis et aliis rebus minorum sine decreto etc.*

Casus. Si minor cum minore habeat rem communem, sine decreto alienare non licet, sed nec ad communi dividundo judicium provocare; sed si major fundus erat communis ad judicium provocet, etiam si sine decreto fiat divisio, bene tenet. *Accurs.*

» §. 61. Il tutore non potrà accettare nè ri-
» pudiare una eredità devoluta al minore, se
» non previa l'autorizzazione del consiglio
» di famiglia.

» L'autorizzazione non avrà luogo altri-
» menti che col beneficio dell'inventario.
» *Art.* 384. *Leg. civ.*

Giustiniano vietava al pupillo di accettare una eredità senza l'autorizzazione del tutorre

» Neque tamen hereditatem (*quae ex testamento*, *vel ab intestato defertur*) adire neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipire aliter possunt, uisi tutoris autoritate, quamvis illis lucrosa sit, ne ullum damnum habeant. *Institut. lib.* 1. *tit.* 21. *de authoritate tutorum* §. 1.

Casus. Domine, vos dixistis mihi quod licet pupillo meliorem facere conditionem suam sine tutoris auctoritate. Pono igitur quod aliquis lucrosa hereditas delata sit alicui pupillo, nunquid poterit, illam hereditatem sine tutoris autoritate adire? respondit imperator quod non, licet enim dictum fuerit generaliter, quod licet eis facere conditionem suam meliorem sine tutoris auctoritate, hoc tamen fallit in casibus specialibus. Neque enim hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere poterit, nisi tutoris auctoritas interveniat, quamvis lucrosa sit: et hoc ideo statutum est ne ille damnum inde habeat. *Franc. de Aret.*

Vinnio comenta nel seguente modo il paragrafo presente.

» *Hereditatem adire*) Pupillus hereditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest. *L.* 9. §. 3. *h. t.* Cujus rei non alia ratio quaerenda quam quod facto suo sine tutoris auctoritate se obligare non potest. *L.* 8. *de acquir. her. d. L.* 9. *pr. h. t.* At inquis potest conditionem suam meliorem facere, etiamsi tutor auctor non sit, fateor; modo ne ipse obligetur: ideoque a parte pupilli claudicant. Fieri autem non potest, ut pupillus hereditate quaesita non obligetur, ut heres creditoribus hereditariis, et testamentariis, illis ut defuncti personam repraesentans, his ipsa aditione hereditatis. Neque enim hic, quod creditoribus aut legatariis imputatur, qui cum pupillo herede non contrahunt, sed in eum incidunt quod et Myns. observavit. Alia vulgo ratio affertur, periculum scilicet aeris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hereditas; multaque insuper in heredibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam *L.* 4. *ad sen. Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus sit, necessariam esse tutoris auctoritatem *L.* 189. *D. de reg. jur.* Quae ut vera esse fateamur: illud tamen adhuc relinquitur; cur non saltem favore pupillorum sustineatur hereditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit. Loquimur autem de pupillis extraneis heredibus;

quippe quibus ad acquirendam hereditatem aditione opus sit; nam sui heredes sine facto suo ipso jure heredes fiunt, etiam ignorantes *L.* 8. *de acq. her.* §. 2. *inf. de her. quae ab int. def.*

» *Neque bonorum possessionem*). Ob eandem nimirum rationem; quia bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hereditas, et in omnibus vice heredum bonorum possessores habentur, de quo inf. *lib.* 3. *tit. de bon. pos.*

» *Hereditatem ex fideicommisso*) Et hoc eandem rationem habet: nam cum restituta hereditate actiones omnes quae heredi, et in heredem competunt ex senatuscons. Trebelliano transeant in fideicommissarium, si pupillus ex fideicommisso hereditatem susceperit, eo facto perinde obligabitur, ac si quamlibet hereditatem adiisset.

» *Ne ullum damnum habeant*) Melius meo judicio Cujac. Hotom. Wesemb. legunt, *quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habent* sine parenthesi: quomodo et apud Cajum legitur in Pandectas, et legisse etiam videtur Theophilus. *Vinnii Institutiones lib.* 1. *tit.* 21. *de auctorit. tutor. Comment. ad* §. 1.

Nel dritto romano aveva inoltre luogo la massima di Celso, che il pupillo durante la sua età pupillare non poteva far uso della sua volontà se non interposta l'autorità del suo tutore.

» Pupillus nec velle nec nolle in ea aetate nisi apposita tutoris auctoritate creditur; nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est. *L.* 150. *D. de regulis juris.*

» La disposizione di questo articolo, dice poi Delvincourt, è un cambiamento fatto al dritto antico, ed è molto utile. Anticamente il minore, malgrado ogni specie di autorizzazione, poteva avere in non cale la qualità di erede fino alla maggiore età, il che lasciava durante tutto questo tempo i suoi coeredi, o gli eredi del grado susseguente, in una situazione precaria ed incerta. Attualmente, almeno allorchè si adempiono le formalità, il minore non può farsi restituire contro l'accettazione: argomento tratto dall'articolo 1314 (1268).

» Ma perchè mai si esige l'autorizzazione del consiglio di famiglia, giacchè non può aver luogo l'accettazione che col beneficio dell'inventario, e che per conseguenza il minore non s'impegna al di là del profitto che ricava dalla successione? Ciò avviene per tre ragioni: la prima, perchè l'accettazione anche col detto beneficio l'obbliga alla collazione: articolo 843 (162): la seconda, perchè essa lo rende risponsabile, anche sui proprj beni, dell'amministrazione della successione e del pagamento del residuo: articolo 803 (720); la terza in fine perchè essa l'obbliga al pagamento de' debiti e de' legati, almeno fino alla concorrenza del valore de' beni componenti la successione; di modo che se il tutore dissipasse questi beni, il minore sarebbe obbligato a pagare co' suoi beni personali.

» *Quid* se il tutore autorizzato o no, accettasse puramente e semplicemente? Io penso che ciò non può pregiudicare al minore. L'articolo 461 (384) dice che l'accettazione non avrà luogo che col beneficio dell'inventario. Esso vieta dunque l'accettazione pura e semplice. Dunque questa è nulla; e 'l minore sarà riputato sempre erede beneficiato. Così fu presso a poco deciso in Angers a dì 11 agosto 1809. Per la stessa ragione io penso che la mancanza delle formalità richieste dagli articoli 793 e 794 (710 e 711) non renderebbe perciò il minore erede puro e semplice. Queste formalità in fatti evidentemente suppongono che l'erede sia il padrone di accettare puramente e semplicemente, o col beneficio dell'inventario; e come tal beneficio è un vantaggio, la legge ha determinate le condizioni alle quali l'erede deve adempire per ottenerlo. Ma qui l'erede non ha la scelta. Il beneficio è da lui acquistato di pieno dritto. Egli non può esser dunque sottoposto all'osservanza di alcuna formalità. Se intanto queste formalità non vennero adempite e che ne sia risultato qualche pregiudizio pei terzi, questi avranno dritto al ricorso contro del tutore in suo proprio e privato nome.

» La deliberazione del consiglio di famiglia debb'essere omologata? Il codice non si è spiegato su questo soggetto. Io penso però che debba esserla, sia che autorizzi ad accettare ovvero a rifiutare. In quanto al rifiuto,

questo è l'alienazione di un dritto acquisito; e sotto tal rapporto l'omologazione è necessaria. Ove autorizzi poi ad accettare, noi abbiamo già osservato che quest' accettazione può portar seco alienazione; poichè obbliga il minore alla collazione; ed inoltre che può risultarne obbligazione de' beni del minore: doppio motivo per esigere l'omologazione. *Delvincourt. Corso di codice civile tom. 5. nota 154. al tit. 10.*

§. 62. » Nel caso in cui la eredità ripu-
» diata in nome del minore non fosse stata
» accettata da altri, saranno riammessi ad
» accettarla tanto il tutore a ciò autorizzato
» da una nuova deliberazione del consiglio
» di famiglia, quanto il minore divenuto
» maggiore; nello stato però in cui si trove-
» rà al tempo dell' accettazione, e senza che
» si possano impugnare le vendite, e gli al-
» tri atti che si fossero legalmente fatti nel
» tempo in cui era vacante. *Art.* 385. *Leg.*
» *civ.*

Vedi - *Accettazione di eredità* §. 4.

§. 63. » La donazione fatta al minore non
» potrà accettarsi dal tutore se non che col-
» l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

» Essa produrrà, riguardo al minore, lo
» stesso effetto che produce riguardo al mag-
» giore. *Art.* 386. *Leg. civ.*

» Se intanto, dice Delvincourt, il tutore fosse un ascendente del minore, egli non avrebbe bisogno di essere autorizzato; perchè potrebbe accettare la donazione ancorchè non fosse tutore, e nella semplice sua qualità di ascendente. *Delvincourt. Corso di cod. civ. t.* 3. *nota* 155. *al tit.* 10.

Questo articolo corrisponde all' altro 859. Vedi - *Accettazione di donazione* §. 4. Si osserva che nel medesimo articolo del Supplimento riporteremo ciò che più ampiamente si è detto da Delvincourt, e da Toullier sull' enunciato art. 859.

§. 63. » Nessun tutore senza l'autorizza-
» zione del consiglio di famiglia potrà in-
» tentare in giudizio un' azione relativa à
» dritti del minore sopra beni stabili, nè
» aderire ad una domanda relativa a' mede-
» simi dritti *Art.* 387. *Leg. civ.*

» In questo articolo, dice Maleville, sembra che si autorizzi il tutore a litigare per ogni azione che fosse mossa contro il tutore per dritti sopra beni stabili, atteso che si dice, ch' egli avrà bisogno dell' autorizzazione del consiglio di famiglia solamente allora quando vorrà egli medesimo intentare quest' azione, o acconsentirvi intentata da altri. Ora è chiaro che se il tutore si ostinasse fuor di proposito a litigare contro una domanda giusta, ed evidente, dovrebbe essere personalmente condannato alle spese: *si ratio litigandi non fuit L.* 78. §. 2. *D. de leg.* 2. Questa è una lacuna ch'è necessario riempiere. E non per altra ragione Desprisses, Bacquet, Rebuffe ec. consigliano al tutore di munirsi di una consulta di avvocati prima di farsi a litigare in nome del pupillo. *Maleville. Osservaz. all'art.* 464 *del codice civile.*

» Sull'azione da intentarsi in giudizio, in rapporto ai dritti del minore sopra i beni immobili, osserva Delvincourt, che s'intende con ciò ogni azione tendente a revindicare un immobile o pure un dritto inerente ad un immobile, come un usufrutto, una servitù art. 726. (419). Se dunque il padre del minore ha acquistato nel corso di sua vita un immobile che non gli sia stato ancora rilasciato, l' azione esistente nella di lui successione, per domandarne il rilascio, è un'azione immobiliare, la quale non potrà essere dal tutore intentata senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia. Se al contrario l'autore del minore abbia venduto un immobile, di cui non ancora avesse incassato il prezzo, l' azione pel rimborso di questo è un'azione mobiliare; *quia tendit ad quid mobile.* Essa potrà dunque esser formata dal tutore senza autorizzazione.

» *Quid* se il compratore non avendo pagato vi sia luogo a domandare lo scioglimento della vendita? Questa è un'azione immobiliare, poichè domandando siffatto scioglimento, il tutore domanda che sia restituito l'immobile. È dunque un' azione diretta a revindicare un immobile. Lo stesso è per l'azione di rescissione, per quella di ricompra. Bisognerà dunque che in tutti questi casi il tutore sia autorizzato.

» *Quid* riguardo all' azione confessoria o negatoria? L'azione confessoria è quella che vien formata da colui il quale pretende un

dritto di servitù sopra di un immobile, contra il proprietario del fondo che deve la servitù, perchè abbia a permetterne l'uso: dunque è realmente un'azione diretta a revindicare una servitù, cioè un immobile; dunque è un'azione immobiliare. In quanto alla negatoria, è quella che vien formata dal proprietario di un fondo contro di colui il quale pretende avere, ed esercita un dritto di servitù su questo stesso fondo, perchè abbia a sospenderne l'uso, ed a riconoscere che non gli sia dovuto. Or siccome la servitù è una porzione, uno smembramento della proprietà, colui il quale intenta l'azione negatoria debb'essere eguagliato a quegli che revindicarebbe una parte del fondo posseduto da un'altra persona. È dunque nell'uno e nell'altro caso un'azione immobiliare.

» *Quid* se il minore avendo un dritto di usufrutto di un immobile, venga disturbato nel suo godimento, di qual natura è mai l'azione che si dovrà intentare dal tutore per far cessare il disturbo? Bisogna distinguere. Se il disturbo è fondato sul merito del dritto impugnato, come perchè voglia pretendersi che il pupillo non sia l'usufruttuario, o che il suo usufrutto non si estenda a tale o tal altra parte del fondo; l'azione allora da intentarsi siccome tende a rivendicare il dritto, ch'è un immobile è immobiliare. Ma se il disturbo non cade che sulla percezione de' frutti, come se si pretenda che tal cosa non sia un frutto, l'azione non è che mobiliare, e può essere intentata dal tutore solo.

» *Quid*, riguardo alle azioni possessorie? L'art. 1428. (1399.) sembra collocare queste azioni sulla stessa linea delle mobiliari. Intanto io penso che in tutti i casi ne' quali la legge non si è formalmente spiegata, esse debbano essere assimilate alle azioni immobiliari, perchè tendono a reclamare il possesso di un immobile, ch'esse hanno d'altronde spesse volte la più grande influenza sulla quistione di proprietà.

» Nè differenti casi ne' quali è necessaria l'autorizzazione, questa debb'essere omologata? Io penso che si: argomento tratto dall'art. 458. (381.) il quale esige l'omologazione per tutte le deliberazioni relative ad atti da cui può risultare alienazione degl'immobili del minore. Or perchè mai si esige l'autorizzazione del consiglio per l'azione immobiliare? Ciò non può essere se non perchè si presume potere la cattiva direzione della domanda esporre il minore a perdere il dritto immobiliare; il quale costituisce l'oggetto dell'azione. Or lo stesso motivo deve fare esigere l'omologazione. D'altronde notate che su la medesima linea vien collocato l'introdurre in giudizio un'azione immobiliare, e l'acquiescenza ad una simile domanda. Or non è dubbio che per tale acquiescenza faccia d'uopo dell'omologazione essendo essa necessaria per la transazione, anche di dritti mobiliari; dunque ec.

» Ma perchè mai il tutore debb'essere autorizzato per approvare una domanda immobiliare, e non esserlo poi per prevenire questa stessa domanda, liberando la cosa che n'è l'oggetto? Per esempio, il padre del minore durante la sua vita ha venduto un immobile non ancor libero: allorchè il compratore ha soddisfatto a tutte le condizioni della vendita, il tutore non ha bisogno di essere autorizzato per fargli la consegna dell'immobile; ma se il compratore ne ha fatto la domanda al tribunale, il tutore non potrà adempire a tale consegna senza autorizzazione.

» Ciò sembra effettivamente straordinario. In tanto a mio avviso si può rispondere: o la domanda è stata fatta prima, o dopo l'apertura della tutela. Se prima, si può presumere che il dritto sia dubbio; poichè l'autore del minore credè sostenere la lite. Se dopo la presunzione è ancora più valida, relativamente almeno al tutore: di fatti egli non può più dire di avere acconsentito alla domanda, poichè la giudicò fondata; dovendosi credere che sol perchè l'ha lasciata formare, egli l'abbia riguardata in merito come dubbia; e questa incertezza basta per obbligarlo, allorchè in seguito egli vuole acconsentire alla stessa domanda, e sottoporre l'affare al consiglio di famiglia.

» Il tutore può egli acquiescere senz'autorizzazione alla sentenza pronunziata su di una domanda immobiliare formata contro al suo minore? Per rispondere a tal quistione, bisogna osservare: 1. esservi due specie di

acquiescenze ad una sentenza di prima istanza; l'espressa, risultante da un atto passato nel termine di appello, e per mezzo del quale si rinuncia ad impugnare la sentenza; e la tacita, risultante sia dall'esecuzione sia dalla mancanza di appello nel termine prescritto; 2. che l'art. 444. (508 del codice di procedura) esigendo per far decorrere il termine dell'appello, che la sentenza sia stata notificata non solo al tutore ma bensì al surrogato tutore, quando anche quest'ultimo non fosse stato in giudizio, vien riputato di aver ad ambedue accordato il dritto di appellarne: altrimenti a che servirebbe notificare ad entrambi la sentenza? In virtù di ciò io penso sulla quistione proposta, che l'acquiescenza dell'uno, sia espressa sia tacita, nulla opererebbe senza il concorso dell'altro ma che l'acquiescenza di tutti e due debba avere per effetto di rendere il giudizio inattaccabile.

» Il tutore potrebbe da se solo opporsi ad un'azione immobiliare? L'art. 464. (387.) non avendo richiesta l'autorizzazione che per introdursi l'azione, non sembra dubbio in virtù della regola *inclusio unius*, che il tutore non possa opporvisi senz'autorizzazione. Ma allora perchè mai se gli vieta di acquiescervi senza essere autorizzato? giacchè mal opponendosi egli può perder la causa; il che produrrebbe l'effetto stesso dell'acquiescenza, per più ragioni; la 1. si è che lasciando pronunziare la sentenza, il minore si trova sotto la salvaguardia del pubblico ministero, al quale la causa esser dee necessariamente comunicata: cod. di proced. civ. art. 83. (177): la 2. si è che un minore può provvedersi con ricorso per ritrattazione contro una sentenza in appello; qualora egli pretenda di non essere stato difeso, o non esserlo stato validamente; in luogo ch'egli non avrebbe la medesima strada contro dell'acquiescenza sia alla domanda sia ad una sentenza suscettibile di essere impugnata.

» Come possono essere impugnate le sentenze pronunciate contra il tutore non autorizzato nel caso in cui debb'esserlo? Io penso che sia per mezzo del ricorso per ritrattazione. Proced. art. 480. (544. n. 2.) 481. (545).

» Osservate che in generale la nullità risultante dalla mancanza di autorizzazione, o di omologazione è una nullità relativa, la quale non può essere invocata che dal minore, o da' suoi aventi causa. Ma questa decisione non dee aver luogo che dopo la sentenza pronunciata, o l'operazione terminata; poichè colui p. e. il quale litiga contro di un minore, ha certamente il dritto di domandare ch'egli adempia a tutte la formalità richieste per la validità della procedura; altrimenti che sia dichiarato non ammessibile; giacchè gl'importa di non ottenere una sentenza illussoria. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tom.* 3. *nota*. 158. *al tit.* 10.

La corte imperiale d'Angers con decisione de' 3 aprile 1811 professò la massima che il divieto d'istituire le azioni sopra beni stabili del minore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, si applica del pari al caso, in cui il padre è tutore.

» *Fatto*. Il signor Maubert tutore de' suoi figli minori dimandò, in questa qualità, al signor Roussellet, il rilascio di una parte della valle di *Miron*, che pretese di appartenere a' suoi pupilli.

» Nel 9 marzo 1809 il tribunale civile di Mayenne pronunziò sentenza, colla quale ammise la dimanda del signor Maubert, ed ordinò la divisione della valle di *Miron*.

» In appello, gli eredi Roussellet han richiesto la nullità delle istanze fatte contro di loro.

» Il loro motivo era fondato in ciò, che il signor Maubert non avea ottenuto l'autorizzazione del consiglio di famiglia per istituire l'azione contro di loro.

» La inosservanza di questa formalità forma, essi diceano, una contravvenzione manifesta all'art. 464 (387) codice civile.

» Il sig. Maubert sostenea, che l'art. 464 non era applicabile al caso, in cui il tutore fosse il padre, o qualunque altro ascendente.

» Egli stabiliva su quest'oggetto una gran differenza tra la tutela deferita dal consiglio di famiglia, e la tutela legittima, direttamente confidata agli ascendenti dalla natura, e dalle leggi.

» Il tutore dato dal consiglio di famiglia non ha, da se stesso, alcun potere sia sulla

persona, sia sopra i beni del pupillo: egli riceve tutto ciò dalla famiglia, alla quale la legge confida in primo luogo la cura degl'interessi del pupillo, quando è privo de' suoi genitori.

» La famiglia, quando rimette questa cura tra le mani di un solo, ritiene una parte della sua autorità; essa si riserba il diritto d'invigilare sulle principali operazioni del tutore, poichè non vi è ragione per abbandonare le sostanze del pupillo esclusivamente tra le mani di un'estraneo, che manca spesso di zelo, e di buona fede.

» Ma il padre, e dopo di lui gli altri ascendenti, non riconoscono il loro diritto dalla famiglia.

» La legge conferma in essi il dritto, che han ricevuto dalla natura.

» La tutela forma nella loro persona un' attributo essenziale della patria potestà. Ora la patria potestà non può esser dipendente da quella del consiglio di famiglia. Nella economia del potere domestico, la seconda non è destinata, che a rimpiazzar la prima.

» Ciò è tanto vero, che presso i romani, la tutela non concorreva mai colla potestà patria: essa non era mai deferita al padre, che sopra i suoi minori emancipati; *in capite libero*. Se per le nostre leggi, il padre prende la qualità di tutore, dopo la morte del suo conjuge, rispetto a' suoi figli anche *non emancipati*, bisogna ben guardarsi di conchiuderne, ch'egli sia spogliato della minima parte della patria potestà: bisogna riguardare l'autorità, di cui è rivestito, nella sua *qualità di tutore*, come indipendente dall' autorità del consiglio di famiglia allo stesso modo, che il potere, di cui è rivestito nella sua *qualità di padre*.

» Una nuova prova di questa verità si è, che, a'termini dell'art. 397 (319) codice civile il padre, e la madre sono i soli, che possono trasmettere la tutela legittima, della quale sono rivestiti, e che non han bisogno perciò dell'autorizzazione del consiglio di famiglia.

» S'è vero, che il padre sia *tutore* in forza della *patria potestà*, bisogna conchiuderne; che nella sua persona, la tutela si esercita con tutti gli attributi di questa potestà.

Da ciò nasce la conseguenza, che il padre ha sulla persona, e sopra i beni del suo figliuolo tutti quei dritti, che la legge non gli toglie; dunque la potestà, o la tutela del padre non dee esser soggetta al consiglio di famiglia, che nè soli casi espressamente preveduti dalla legge.

» Così, a'termini dell'art. 457 (380) il tutore, ancorchè sia il padre, o la madre, non può prender denaro a mutuo pel minore, nè alienare, o ipotecare i suoi beni stabili, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

» Così l'art. 467 (390) proibisce al tutore di transigere per conto dei minori senza un'autorizzazione del consiglio di famiglia; e questa disposizione è anche applicabile al padre, ed alla madre, poichè ogni transazione rinchiude una rinuncia a certi diritti, ed in conseguenza un'alienazione. Così l'art. 446 (369) il quale dispone, che la *destituzione del tutore*, di cui sono notorie le infedeltà, o la cattiva condotta, è *pronunziata dal consiglio di famiglia*, dee applicarsi al padre, e ad ogni altro tutore legittimo; giacchè questo è il solo mezzo, che la legge accorda per arrestare le loro infedeltà, ed avvene bisogno di uno necessariamente; presso i romani questo rigore neppure era conosciuto, in grazia del rispetto dovuto alla parentela; *si tutor aliquo vinculo necessitudinis, vel adfinitatis pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est, curatorem ei potius adjungi*, (*quam eundem*) *cum notata fide, et existimatione removeri. L. 9. D. de susp. tut. et curat.*

» Questi sono presso a poco i soli casi, nè quali la legge sottopone il padre all'autorità del consiglio di famiglia: queste sono tante eccezioni necessarie, e ben fondate, al principio, che la potestà del padre discende dalla natura, e dee essere indipendente da quella del consiglio di famiglia.

» Ma noi ammettiamo le eccezioni, perchè sono espressamente consagrate nella legge; e tutte le volte, ch'essa, come nel nostro caso, non ha formalmente derogato al principio della natura, tutte le volte, che non ha espressamente sottoposto il padre all'autorizzazione di un consiglio estraneo, non potrà imporglisi una coudizione così onerosa, e può dirsi

francamente, così ingiuriosa alla sua qualità.

» Si trovano nel codice civile, soggiungeva il signor Maubert, una quantità di disposizioni, che emanano dal principio, che abbiamo stabilito, e che servono a maggiormente convalidarlo. L'articolo 453 (367) dispensa il padre, e la madre di vendere i mobili dei pupilli, se stimano meglio di conservarli in natura. L'articolo 454 (367) proibisce di stabilire a loro riguardo, con un calcolo prudenziale, la somma alla quale potrà ascendere la spesa annua del minore. L'art. 470 (393) li dispensa dall'obbligo di presentare, nell'epoche fissate dal consiglio di famiglia, gli stati della loro amministrazione. Finalmente l'art. 935 (859) permette loro di accettare una donazione fatta a'minori, senza che abbiano bisogno di esservi autorizzati dal consiglio di famiglia. Da per tutto la legge pubblica l'indipendenza del padre; da per tutto essa rispetta la sua qualità, egli accorda un'intera confidenza; mentrechè circonda gli altri di precauzioni.

» Gli eredi Roussel han risposto, che non bisogna confondere due cose molto diverse nella persona del padre, cioè la patria potestà, e la tutela. Il padre, esercitando la potestà patria ha tutti que'diritti, che gli sono attribuiti dal tit. 9 del lib. 1. del codice civile. Questi diritti non hanno niente di comune colla tutela, di cui trattasi nel tit. 10 dello stesso libro.

» Ciò è tanto vero, che la madre rimaritata perde la tutela, e conserva la patria potestà. (cod. civ. art. 372 395). Ora nel caso attuale, non è quistione d'un diritto di potestà patria, ma bensì di un dritto di tutela! trattasi di un diritto, che il padre de' figliuoli Maubert esercita nella sua qualità di padre. Egli non può dunque invocare quest' ultima qualità, perchè abbia qualche influenza sull' esercizio del dritto. Egli resta dunque soggetto alle regole della tutela in generale, ed a' termini dell' art. 464, *niun tutore* può istituire azioni sopra beni stabili del minore, senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia.

» *Decisione*. La corte. Veduto l'art. 464 del codice civile ed attesochè risulta da quest' art. che un tutore non può istituire un'azione relativa à diritti sopra beni stabili del minore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

» Attesochè Maubert, tanto innanzi al tribunale di prima istanza, quanto nella causa d'appello, non ha giustificato quest'autorizzazione, quantunque gli sia opposto, che non esistea; - Che nasce da questa omissione, che il signor Maubert non ha il carattere legale per litigare in nome del minore -; dichiara l' azione intentata da Maubert e tutto ciò, che n'è seguito, nullo, e di niun effetto: - Condanna Maubert, personalmente, alle spese della causa tanto principale, che di appello ec.

La corte di appello di Parigi con decisione de'19 pratile anno 12 asaminò il caso se il tutore non autorizzato dal consiglio di famiglia possa impedire l' aggiudicazione degl'immobili de'minori, e decise per la negativa.

» *Fatto*. Giacomo Mallier era creditore d'una somma di 8000 franchi sopro Héomet e sua moglie.

» Dopo la morte di questa, e verso la fine dell' anno 11, Maillier procede per esser pagato, in via di spropriazione forzata, contro di Héome, tanto in suo nome, quanto nella qualità di tutore de' suoi figli minori, eredi della lor madre,

» Héomet, il dì 29 nevoso, anno 12, si oppone all' aggiudicazione nella stessa sala ove si tengono gl'incanti; facendo tra le altre ragioni valere il difetto di autorizzazione del consiglio di famiglia.

» Il tribunale civile di Nantes,

» Attesochè risulta dall' art. 464 del codice civile, che nessun tutore può intentare in giudizio veruna azione relativa ai dritti immobiliari de'minori senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia; ma che detto articolo non gli toglie però la facoltà di rispondere,

» Atteso che il tutore, lungi di aderire alla domanda in punto di spropriazione forzata, propone al contrario de'motivi di nullità.

» Senza aver riguardo a questi motivi di nullità proposti, ordina che si passi oltre alla vendita, ec.

» In conseguenza di che, l' aggiudicazione vien fatta a Bouvet.

» Héomet attacca in via di appello sì la sentenza che l' aggiudicazione.

» È un mal intendere l'art. 464, (387) egli diceva, il voler limitare al solo caso in cui il tutore vuole introdurre un'azione immobiliare in giudizio pe' suoi minori, la necessità di prendere il parere del consiglio di famiglia. Lo scopo del legislatore nell' esigere questa formalità, è unicamente quello di far esaminar dai parenti, se sia vantaggioso ai minori il litigare. Ora vi è la stessa ragione di lor sottomettere la quistione tanto prima di rispondere quanto prima di agire. L'interesse de' minori esige questa precauzione sì nell' uno, che nell'altro caso; conciosiacchè sarebbe sovente più vantaggio per essi di aderire all' istanza contro loro promossa, o di transigere all'amichevole, che impegnarsi in una lotta difficile e dispendiosa, ed opporre una resistenza vana ed ingiusta.

» Se il tutore quando non è convenuto, è obbligato a prendere l'autorizzazione del consiglio di famiglia per transigere, art. 467, (390) con più di ragione egli vi deve ricorrere allorchè, tradotto innanzi ai tribunali, viene costretto a transigere, o a subir la condanna. Quando il tutore viene attaccato, e i beni de' suoi minori vengono minacciati, allora precisamente più importa ad esso, ed ha più bisogno di circondarsi de' saggi e rischiarati consigli della famiglia, onde scegliere i mezzi più proprj a far tacere i reclami degli avversarj.

» D'altronde qual è lo scopo ed il risultato di una spropriazione forzata, diretta contro de' minori? È l' alienazione de' loro immobili. Ora, quest' alienazione sia giudiziale o volontaria, non è men necessario applicare l'art. 457 (380) il quale porta: che il tutore non può alienare o ipotecare gl' immobili del minore senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia. Questo articolo non fa alcuna distinzione tra il caso in cui il tutore sia instante, e quello in cui sia convenuto; nè eccettua tampoco quello della vendita forzata. Essa rimane dunque soggetta alle medesime leggi cui soggiacciono tutte le alienazioni ordinarie.

» Se l'art. 464 (287) presenta il minimo equivoco, replicavano il creditore e l' aggiudicatario, bisogna convenire non esservi nel codice una sola disposizione che non dia luogo a delle controversie. *Nessun tutore*, esso porta, *potrà intentare un' azione*, o *aderire ad una domanda relativa ec.*, Héomet non ha promossa verun' azione, poichè è convenuto: non ha tampoco aderito alla domanda contr' esso intentata, giacchè vi fu condanna: non era egli dunque tenuto a ricorrere al consiglio di famiglia.

» Quando il tutore è attaccato, perchè avrebb' egli bisogno dell' autorizzazione de' parenti? Non è desso sempre *obbligato* a rispondere? Laonde non è necessario, nè utile di esitare. Le procedure dell' aggressore gl' impongono l' obbligazione di agire: è indispensabile ch' egli presenti all' istante i mezzi di difesa: l' autorizzazione della famiglia sarebbe senza oggetto, e diverrebbe quasi sempre superflua.

» Si obbietta che i parenti potevano consigliare un accomodamento, o indicare un altro partito più prudente. Ma rispondendo *de plano*, il tutore non si preclude la via della transazione. In ogni stato di causa, egli è libero di venire ad un aggiustamento più vantaggioso. Fin qui egli non ha d'uopo di autorizzazione.

» La disposizione dell'art. 467 (390) è affatto simile a quella dell' art. 464 (387), che permette al tutore di rispondere solo ad un'azione di divisione. Per la qual cosa il tribunale civile d' Orleans non dubitò di escludere la prova di nullità, che facevasi risultare dalla mancanza di autorizzazione del consiglio di famiglia nel caso di una vendita per licitazione, provocata contro un tutore. »

» §. 65. La stessa autorizzazione sarà ne-
» cessaria al tutore per dimandare una di-
» visione. Egli potrà però senza tale autoriz-
» zazione rispondere ad una domanda di di-
» visione diretta contra il minore. *Art.* 388.
» *Leg. civ.*

Vedi. *Divisione* §. 3. e 22.

» §. 66. Affinchè la divisione produca,
» riguardo al minore, gli stessi effetti che
» produrrebbe riguardo a' maggiori, la divi-
» sione dovrà essere giudiziale e preceduta
» da una stima fatta da' periti nominati dal
» tribunale civile del luogo ove sarà aperta
» la successione.

» I periti dopo aver prestato il giuramento

» avanti al presidente del tribunale o avanti
» al giudice da lui delegato, di bene e fe-
» delmente adempire alla loro commessione,
» procederanno alla divisione de' beni eredi-
» tarj ed alla formazione delle porzioni che
» verranno estratte a sorte in presenza o di
» un giudice del tribunale, o di un notajo
» dal tribunale deputato, il quale ne farà la
» distribuzione.

» Qualunque altra divisione sarà considera-
» ta come provvisionale. *Art.* 389. *Leg. civ.*

» Secondo l'antica giurisprudenza, dice Maleville, ogni ripartimento fatto con un minore non era mai che provvisoria, per quante precauzioni vi si prendessero. Il minore divenuto maggiore potea, nel corso de' successivi dieci anni, domandarne un'altro.

» Assai meglio si è adoperato coll'articolo 466 (389) prescrivendo, che osservate tutte le formalità sopra le quali si appoggia la giustizia del ripartimento, questo sia definitivo non altrimenti che se fosse fatto fra maggiori. E si dee studiare che la proprietà de' beni sia il più che si possa stabile e certa.

» Dopo questo articolo erasi proposto un' altro con cui veniva stabilito, che quando la divisione fosse provocata dallo stesso minore, egli solo porterebbe il carico delle spese; e quando non da lui, ma da altri, le spese sarebbero ripartite fra tutti quelli che avessero parte nella divisione. Codesto articolo non fu ammesso, essendosi considerato, che quando una divisione è necessaria, e giusta, le spese debbono cadere sopra la cosa, e non sopra gl'individui. Era però naturale, che si avesse a notare almeno il caso, in cui le spese risultassero maggiori, attesa la qualità del minore; ed allora voleva la giustizia, che se per le istanze, e le sollecitudini del minore medesimo procedevasi alla divisione, toccasse a costui il pagare la eccedenza delle spese, ma non si fece per un atto di benevolenza verso il minore.

» Osservate, che in questa occasione il tribunale è quegli che contro l'uso ordinario nomina i periti. E si farebbe pur senno se in ogni caso si adoperasse nello stesso modo. Recherebbe gran vantaggio questo cangiamento, nè i periti inchinerebbero più coi loro suffragj alla parti che li hanno nominati. *Maleville. Osservazione all'art.* 466. *del cod. civ.*

La divisione de' mobili indivisi co' minori dee esser fatta in giudizio al pari di quella degl'immobili? Il tribunale civile di Parigi con sentenza de' 13 piovoso anno 12 decise per l'affermativa.

» *Fatto.* Mons. Henrion dopo la morte della di lui moglie volle liquidata la comunion conjugale.

» I soli oggetti indivisi erano un negozio di latta, una somma di danaro proveniente dalla vendita d'una metà di casa, ed altri effetti mobiliari.

» Gli eredi di madama Henrion erano maggiori.

» Faceva mestieri di adempiere le formalità prescritte dall'art. 466 (389)?

» Sostenevasi da una parte che questo articolo non è rigorosamente applicabile che alle divisioni degl'immobili indivisi con minori; perchè se fosse necessario di osservare le medesime formalità per dividere un meschino oggetto mobiliare, come quelle che si richiedono nella ripartizione degl'immobili della più alta importanza, la legge che veglia con tanta cura e sollecitudine alla conservazione de'beni de'minori, ne cagionerebbe necessariamente la perdita. Conciossiachè assoggettando ad imbarazzanti e dispendiose formalità la divisione di piccioli oggetti, sovente le spese eccederebbero il valore degli oggetti medesimi, ed il minore si troverebbe privo della sua cosa per la soverchia precauzione nel volergliela conservare. Sostenere una sì fatta opinione sarebbe lo stesso che attribuire al legislatore delle intenzioni inconciliabili affatto col favore speciale, che fu sempre sollecito di accordare alla minorità.

» Tale era in succinto la massima e il piano de' minori Coulangeon, eredi di madama Henrion. Rispondevasi ch'era inconveniente di credersi più sapienti dello stesso legislatore, e di resistere alla sua volontà nella falsa supposizione, ch'essa offenda gl'interessi di quelli, cui tende per l'opposto a proteggere.

» Quando egli ha prescritto che ogni divisione co'minori si faccia sotto gli occhi del giudice, ha sicuramente preveduto che cotesta misura potrebbe benissimo non essere egualmente necessaria per tutti. Ma sì fatta con-

siderazione non l'ha punto mosso: egli ha veduto un inconveniente maggiore nella distinzione, che si vorrebbe far ammettere. I minori poco intelligenti ne' loro interessi arriverebbero quasi sempre sotto lo specioso pretesto di *modicità*, *di tenue valore*, ec. alla dissipazione delle loro sostanze. È meglio certamente prevenire la loro rovina, che assicurar loro de' mezzi di ripararla; mettere più di rigore nel modo di divisione e di alienazione, e meno latitudine in quello di restituzione. Male a proposito dunque si declama contro di tale disposizione saggia e salutare, che dichiara provvisorie tutte le divisioni de' beni indicati co' minorenni, qualora non sieno fatte sotto l'occhio vigile della giustizia.

» Alcune difficoltà insorsero pure sul modo di procedere in caso di contestazione riguardo al metodo di divisione: esse furono eliminate dal seguente giudizio:

» Il tribunale,

» Considerando, che a' termini dell' art. 466 (389) e dell'art. 838 (757) tutte le divisioni di beni indivisi co' minori debbono farsi in giudizio, senza distinzione fra quelle di beni immobili, e quelle di oggetti mobiliari:

» Considerando, che nel caso in questione non esisteva altro nell'eredità di madama Henrion, e nella società tra essa e il marito, che la metà indivisa di una casa, situata a Parigi, già posta all' incanto e aggiudicata con decreto del 26 germile, anno 11.

» Che a cagione di questa vendita, non rimane a dividere che la sola porzione del prezzo proveniente dal detto immobile, il fondo di negozio esercitato da Henrion, compresivi i mobili, gli effetti e le mercanzie, come pur l'inventario fatto dopo la morte di madama Henrion:

» Considerando, che a termini dell' art. 823 (742) del codice, i tribunali sono autorizzati a pronunciare in fatto di divisione come in materia sommaria, salvo di deputare, se vi è luogo, uno de' giudici, sul cui rapporto essi decidono la contestazione; che nel caso attuale la divisione da farsi non offre veruna difficoltà:

» Considerando finalmente che a termini dell'art. 828 (747) del codice civile, le parti debbono essere rimandate, dopo la vendita degl' immobili e quella de' mobili, se v' è luogo, davanti un notajo, onde procedere alle operazioni materiali della divisione.

» Il tribunale per sì fatti motivi, rimette le parti davanti il signor Mignard, notajo a Parigi, ad effetto ch'esse procedano avanti questo ufficiale al conto, alla liquidazione, alla formazione della massa di divisione e ripartizione delle quote, ed alle somministrazioni da farsi a cadauno de' condividenti conformemente all' art. 828 (747) del codice civile.

» Ed in caso di difficoltà nel tempo delle operazioni della divisione, ordina che a tenor dell' art. 837 (756) della stessa legge, ne sia steso processo verbale dal predetto notajo, e se ne facci il rapporto al tribunale, ec.

Vedi. *Divisione* §. 14. e 19.

» §. 67. Il tutore non potrà transigere in
» nome del minore, se prima non sia stato
» autorizzato dal consiglio di famiglia e dal
» parere di tre giureconsulti indicati dal pro-
» curatore regio presso il tribunale civile.

» La transazione non sarà valida, se non
» quando sarà stata omologata dal tribunale
» civile, sentito il procuratore regio. *Art.*
» 390. *Leg. civ.*

Il divieto di transigere imposto ai tutori su i crediti del pupillo era, al dir di Paolo, di tale efficacia, che il pupillo stesso poteva ripetere dal debitore quello che gli era stato rimesso.

» Tutoribus concessum est a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso jure liberetur: non etiam donare, vel etiam diminuendi causa cum his transigere; et ideo eum qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse. *L.* 42. *§. ult. D. de administratione*, *et periculo tut. et curat.*

Secondo questa legge, ed altre di egual tempra, dice Maleville, il tutore non potea transigere col debitore, rimettendogli parte del debito, o peggiorando in qualsivoglia guisa la condizione del minore. Anzi nel caso in cui i dritti del minore fossero alquanto dubbiosi, il tutore stesso soleva agire munito di una consulta di parenti.

» Il nostro articolo esige maggiori precauzioni. Gli avvocati debbono esser scelti dal

commessario, e la transazione omologata dal tribunale.

» Ma conviene altresì riflettere che non si autorizzano che le transazioni fatte nel modo prescritto dall'articolo, e non già quei compromessi che la *L.*34.§.1. *D. de minoribus.* costantemente per l'addietro osservata vietava al tutore. E vi ha certo un gran divario fra la transazione, ch'è una certa convenzione, ed un compromesso, che può cadere a vuoto. *Maleville Osservaz. all'art.* 467 *del cod. civ.*

Ci fa inoltre riflettere Delvincourt, che il tutore non può transigere in nome del minore anche su di un'azione mobiliare. Intanto egli vi potrebbe acconsentire senza autorizzazione. Ma io penso che vi sia la ragione stessa che nella penultima nota. La transazione suppone che il dritto sia dubbio; e perciò si vuole non abbandonarsi ai lumi del tutore solo per determinare i sagrificj che dovrà fare il minore.

» Potrebbe egli fare un compromesso con autorizzazione? No, in virtù degli articoli 88 (177.) e 1004 (1080) del cod. di procedura. D'altronde il codice civile gli permette solamente di transigere, ed il dritto di transigere non racchiude quello di compromettere art; 1989 (1861).

» Questa differenza vi ha fra il compromesso e la transazione, che nella transazione si conoscono esattamente i sagrificj che si è in obbligo di fare, e si può valutarne il valore in un modo preciso. Nel compromesso al contrario si dichiara rapportarsene alla decisione di talune persone; decisione la quale potrà imporre de'sagrificj di cui è impossibile apprezzar preventivamente l'estensione.

»Bisogna pertanto eccettuare il caso in cui il minore si trovasse per parte del suo autore interessato in una società commerciale. L'arbitramento è allora forzato, ed il tutore non può ricusarvisi. Solamente egli non può rinunciare alla facoltà di appellarsi dalla sentenza degli arbitri. Articolo 63 (683 leggi di eccez. per gli affari di com.)

» Noi diciamo, *per parte del suo autore.* Poichè, se il minore fosse egli stesso commerciante e membro di una società commerciale, sarebbe allora riputato maggiore per tutti i frutti relativi al suo commercio, e per conseguenza alla società. Egli potrebbe dunque rinunciare all'appello ec.

» Un tutore può egli deferire il giuramento senz'autorizzazione? In virtù dell'articolo 464 (387) egli no 'l può, se l'azione sia immobile. Ma *quid* se l'azione fosse mobiliare? Il motivo del dubbio si è che il giuramento è una specie di transazione *L.* 2. *D. de jurejurando*, e che il tutore non può transigere solo, anche su di un'azione mobiliare. Io penso intanto, conforme alla legge 17. §. 2. *cod.* che il tutore può in questo caso deferire il giuramento solo, e senz'autorizzazione. Quanto al paragone del giuramento con la transazione si comprende che non è molto esatto. Poichè nel giuramento, non vi sono scambievoli sagrificj; ma piuttosto è una specie di acquiescenza dalla parte di colui che lo deferisce. Or l'articolo 464 non vieta al tutore di acquiescere ad una domanda mobiliare. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 3. *note* 160 *al tit* 10.

» Secondo le tracce indicate da questo articolo, osserva poi Toullier, il tutore dee principalmente far nominare i giureconsulti, richiedere quindi il loro parere sulle condizioni colle quali può e dee transigere, presentarlo in seguito al consiglio di famiglia, che può allora dare la sua autorizzazione con conoscenza di causa, stipular poi la transazione, e farla in fine omologare sulle conclusioni del regio procuratore.

» Nell'uso l'ordine di questo procedimento è sovente invertito. Il tutore incomincia per lo più dal farsi autorizzare dal consiglio di famiglia, compila in seguito il progetto di transazione, di poi fa nominare i tre giureconsulti per esaminarlo e per avere il loro parere.

» Ovvero compila in prima il progetto di tansazione, lo presenta al consiglio di famiglia per farsi autorizzare, in seguito fa nominare i tre giureconsulti per prendere il loro parere, ed in fine fa omologare la transazione.

» Questa inversione nel procedimento legale non è esente da inconvenienti; dappoicchè ne risulta necessariamente che il consiglio di famiglia delibera senza di avere sotto gli occhi il parere de'giureconsulti che devono illuminarlo negli affari intralciati.

» Nondimeno questa irregolarità non produce la nullità della transazione, nè sarebbe una causa di farla rescindere, qualora è stata omologata dal tribunale civile dopo le conclusioni del regio procuratore incaricato d'invigilare sulla osservanza della formalità.

» Nè le leggi romane nè l'antica giurisprudenza permetteva ai tutori di compromettere le cause de'loro pupilli, il codice civile si tace su questo punto; ma vi supplisce il codice di procedura, vietando coll'articolo 1004 (1080. *Leg. di proced. ne giud. civ.*) di compromettere le cause nelle quali deve necessariamente intervenire il pubblico ministero.

» Or l'articolo 83. §. 6. cod. di proced. (177. §. 6. *Leg. di proced. ne giud. civ.*) mette in questo numero le cause de minori, e generalmente tutte quelle nelle quali una delle parti è difesa da un curatore.

» Compromettere è lo stesso che prescegliere dei giudici in luogo di quelli nominati dalla legge; or questa facoltà non è accordata ai cittadini se non nei proprj affari, ed a quei soltanto che godono la pienezza di tutti i loro dritti.

» Per altro nelle controversie complicate nelle quali il procedimento giudiziario sarebbe dispendioso, le parti convengono sovente di presentare i loro titoli, e le lore memorie ad uno o più giureconsulti, per rimettersi al di loro parere che vien compilato in forma di sentenza, la quale poi è renduta esecutiva, dietro le conclusioni del pubblico ministero. I tribunali favoriscono, ed indicano ancora in certi casi questo mezzo di risparmiare spese, che potrebbero sovente sorpassare la sorte principale. *Toullier. Corso di dritto civile. Tomo 2. n.* 1241.

La suprema corte di giustizia con decisione de'18 marzo 1826 rispettò anche la massima, che la madre tutrice non può di propria autorità transigere sul denaro pupillare senza l'autorizzazione ricercata dalla legge.

» *Fatto*. Fuvvi quistione nel tribunale civile di Napoli, se nella convenzione avvenuta a'16 maggio 1818 tra la signora D. Angela Scala, ed i di lei figli maggiori Tafone con i di loro debitori D. Carlo, D. Gaetano, e D. Angelo Pastena, dove le parti scelsero un'esattore il quale avesse ripartite le rendite sequestrate, vi fusse compreso il credito sottoposto al vincolo pupillare appartenente agli altri figli minori della detta signora Scala, che al tempo della convenzione non era scaduto.

» Il tribunale civile di Napoli in contumacia de'convenuti Pastena decise negativamente, ed avendo questi prodotto opposizioni, lo stesso tribunale con altra sentenza de' 20 dicembre 1822 le rigettò.

» I fratelli Pastena produssero appello, e la gran corte dietro un congedo emise decisione del dì 22 marzo 1823 colla quale ammise D. Gaetano, D. Carlo, e D. Angelo Pastena opponenti alla decisione di congedo, e facendo diritto alle loro opposizioni, non che all'appello da'medesimi prodotto avverso le sentenze del tribunale civile di Napoli, e rivocando le cennate decisione, e sentenze ordinò, che il pagamento de'crediti di D. Angela Scala, come madre, e tutrice de'suoi figli minori contra i signori Pastena si eseguisse ai termini della convenzione de'16 maggio 1818.

» Questa decisione è stata denunciata alla suprema corte di giustizia da parte di D. Gennaro, e D. Eugenia Tafone, chiedendone l'annullamento, tra gli altri mezzi,

» 1.° Perchè nella convenzione del 1818 non vi era compreso il credito, che non era ancora esigibile, ma solo quelli pe'quali eransi fatti de'sequestri; e quindi giusta gli articoli 1109, e 1116 leggi civili, si doveva riguardare la comune intenzione de'contraenti, e non attenersi al senso letterale delle parole; quali articoli erano rimasti violati dalla gran corte civile.

» 2° Perchè appartenendo il credito a minori non poteva la madre, e tutrice, senza le formalità della legge transigere co'debitori Pastena, ed inceppare la riscossione di esso. Violazione dell'intera sezione 8 cap. 2. lib. 1. leggi civili, ed in ispecie dell'articolo 390.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Camillo Ponticelli pei ricorrenti, e D. Errico Lanzetta pei convenuti; ed inteso il pub. minis.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minis.

» Vista la decisione: visto il ricorso: visti gli art. 1109. 1116. 1920. 1921, e 390. delle leggi civili.

» Considerando, che il contratto di mutuo di duc. 525 fatto nell' anno 1812 da D. Angela Scala come madre, e tutrice de' minori Tafone a beneficio di D. Domenico Pastena seguì con danaro pupillare; e quindi con autorizzazione del tribunale, e colla condizione del reimpiego, dopo la dilazione pattuita di un biennio.

» Considerando, che avvenuta la morte di uno de' minori Tafone, ed essendo succeduti al medesimo i due di lui fratelli maggiori, e la signora Scala madre, e tutrice, fu stipulato con gli eredi del principal debitore altro istrumento nel 1817 nel quale fu spiegato, che di quel mutuo ne rimanevano tuttavia soggetti al vincolo pupillare duc. 393.75 pe' quali fu accordata ai debitori la dilazione di altri quattro anni sino a' quattro maggio 1821 coll' interesse già convenuto del 8 e mezzo per 100, e che ne rimanevano liberi ducati 210.94, di cui pagarono ai debitori duc. 90, e li restanti duc. 120.94 si obbligarono di pagarne liberi in due rate uguali, sino al mese di settembre di quell' anno 1817 senza interesse alcuno.

» Considerando, che avendo mancato i debitori al pagamento della prima di dette rate procedcrono i creditori a sequestro, ed altri atti coattivi, e lo stesso accadde all'avvenuta scadenza della seconda rata.

» Considerando, che da ciò nacque una convenzione seguita tra le parti a' 16 maggio 1818, colla quale fu destinato un'esattore per riscuotere le rendite di tre case, specialmente ipotecate, e distribuirsi fra tutt' i creditori de' fratelli Pastena.

» Considerando, che essendo poi scaduto il pagamento delli ducati 393. 75 di danaro pupillare, ed avendo la signora Scala madre, e tutrice incominciati gli atti coattivi; li debitori Pastena eccepirono, che al procedimento ostava la convenzione del 1818.

» Considerando, che portata alla conoscenza del tribunale civile la quistione, se quella convenzione avesse compresa la sola parte di danaro libero dovuto da fratelli Pastena, o pure la parte ancora condizionata; ebbe per vero il tribunale, che la sola parte libera vi fosse compresa poicchè per la parte condizionata decorreva nel 1818 la dilazione accordata nel precedente anno 1817 e che andava a terminare nel 1821.

» Considerando, che la gran corte civile poi sull'appello de' debitori fratelli Pastena andò in contrario avviso, per le considerazioni, che nella convenzione si parlò di crediti, e perchè in essa intervenne la signora Scala, come madre e tutrice.

» Considerando, che ai termini dell'art. 1109 delle leggi civili nelle convenzioni si deve indagare qual sia la comune intenzione delle parti contraenti, anzicchè attenersi al senso letterale delle parole, da ciò nasce, che se nella convenzione in disputa si parlò di crediti ben si disse, malgrado che del solo credito libero si fosse trattato, poichè vi era il credito libero di sorte, e vi era l'interesse da riscuotersi sul credito condizionato.

» Considerando, che per lo disposto nell' art. 1116 delle stesse leggi, per quanto sieno generali i termini co' quali si è espressa una convenzione, essa non comprende, se non le cose, sopra le quali apparisce, che le parti si abbiano proposto di contrattare. In oltre ai termini degli altri articoli 1920, e 1921 la transazione non si estende oltre a ciò, che ne forma l'oggetto. La rinunzia fatta a tutt' i diritti, azioni, e petensioni non s' intende se non di ciò, ch' è relativo alle controversie, le quali hanno dato luogo alla transazione. Le transazioni non regolano, se non le controversie, che vi sono comprese, sia che le parti abbiano manifestata la loro intenzione con espressioni speciali, o generali, sia che risulti tale intenzione per una necessaria conseguenza di ciò ch'è stato espresso.

» Or nella specie la convenzione del 1818 fu relativa alle sole controversie, le quali vi avevano dato luogo, cioè l' inadempimento alli pagamenti scaduti per parte de' debitori ed i sequestri, ed altri atti coattivi, che da' creditori si erano fatti per la riscossione delle due rate delli crediti di danaro libero. Quindi giammai la convenzione medesima potea comprendere il credito di danaro condizio-

nato, per lo quale era decorso un solo anno della pattuita dilazione, e ne doveva decorrere altri tre. Tutto ciò vien convalidato ancora dalle seguenti parole del 2.° capo della stessa convenzione.»»Tutti gli atti di sequestri sentenze, ed ordini di pagamenti, e depositi prescritti, restano nulli, e come non avvenuti atteso il presente convenio.»»

» Queste espressioni non poteano certamente essere relative al credito di danaro condizionato, per lo quale verun sequestro, o verun atto coattivo era seguito, e non era il tempo da poter seguire, e molto meno per la restituzione della sorte.

» Considerando, che la signora Scala se intervenne nella replicata convenzione colla qualità di madre, e tutrice non può questa circostanza far presumere, che si fosse convenuto anche sul credito condizionato, poichè l'oggetto del di lei intervento era per la riscossione dell'interesse delli ducati 393 75 di credito de' suoi figli minori, ch' ella con tal qualità dovea esigere.

» Considerando, dall'altra banda, che non poteva assolutamente essa signora Scala intervenire nella convenzione per l'oggetto ancora di patturire la restituzione delli ducati 393.75 in modo diverso da quello stabilito nell'istrumento del mutuo fatto nel 1812: poichè tale somma era di denaro pupillare impiegato con autorizzazione del tribunale civile, e colla condizione del reimpiego, quale non si avrebbe potuto certamente effettuire quando si fosse la somma medesima riscossa in tante piccole quote, e tra lungo tempo.

» Considerando in fine di essere ben lontana la idea, che avesse potuto la signora Scala di propria autorità transigere per li minori, e col loro danno, mentre ai termini dell'articolo 390 delle leggi civili il tutore non può transigere in nome del minore se prima non sia stato autorizzato dal consiglio di famiglia, e dal parere di tre giureconsulti indicati dal procuratore regio presso il tribunale civile. La transazione non sarà valida, se non quando sarà stata omologata dal tribunale, sentito il procuratore regio.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema in conformità delle conclusioni del pub. minist. annulla la decisione impugnata: rimettendo le cose nello stato precedente alla medesima, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli; ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 68. Il tutore che avrà gravi motivi » di disgusto sulla condotta del minore, po» trà esporre le sue doglianze al consiglio » di famiglia; e quando sia autorizzato da » questo, potrà domandare la reclusione del » minore in conformità del prescritto a que» sto proposito nel titolo della patria potestà. » *Art.* 391. *Leg. civ.*

I mezzi di correzione concessi al tutore su la persona del minore sono li medesimi accordati al padre per richiamare il figlio ai suoi doveri ne' termini del articolo 302 all' articolo 306. Vedi *Patria potestà*. §. 16 a 20.

Dei conti della tutela.

» 69. Qualunque tutore, finita la tutela, » è tenuto a render conto della sua ammi» nistrazione. *Art.* 392. *Leg. civ.*

Così Giustiniano.

Cum pupillorum, pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelae judicio (*idest actione tutelae quae datur in simplum, et propter dolum, et culpam latam, et levem*) rationem reddunt. *Institut. lib.* 1. *tit.* 20 *de attiliano tut.* §. *ult.*

Anche la madre che credendosi tutrice del figlio amministri li di lui beni, è obbligata di render conto della sua amministrazione. Precetto degli imperatori Valeriano, e Galieno.

» Etiam mulieres (*matres vel aliae*) si res pupillares pro tutore (*idest quasi tutrices cum non sint*) administraverint, ad praestandam cautionem tenentur. *L.* 1. *cod. de eo qui pro tutore negotia gessit.*

Casus. Mulier credens se tutricem filii sui administravit res pupillares, et male cum tutrix non esset, an conveniri possit, quaeritur? dicitur quod sic. *Accurs.*

Osserviamo con Cujacio, che nel soggetto caso ogni altro protutore è anche obbligato a dar conto dell'amministrazione che abbia tenuta.

» Breviter ostenditur in hoc titulo non tan-

tum justum tutorem vel curatorem teneri ex administratione, sed etiam eum qui quasi tutor vel curator aliquid administravit, cum non esset tutor, vel esse non posset; ut puta miles, mulier, vel datus a muliere, quasi tutor ex administratione tenetur actione protutelae praetoria: alia est actio tutelae quae est civilis, alia protutelae quae est praetoria, ut alia est condictio ex mutuo, alia ex promutuo. Tenebitur, inquam, actione protutelae, si administravit, quasi ex necessitate officii, ut tutor, puta existimans se esse tutorem; nam si sponte sua, ut gestor amicus, et voluntarius accesserit ad negotia pupillaria non tenetur protutelae, quia ut gestor gessit, non ut tutor, sed tenetur actione negotiorum gestorum *L. 4. sup. de test. tut.* quasi curator autem tenetur utili actione negotiorum gestorum *L. 4. sup. qui dari tut. vel cur. pos.* Quae actiones privilegiatae sunt, quoniam in ei vertitur utilitas pupilli, perinde atque actio tutelae, vel negotiorum gestorum, qua tenetur verus curator. Porro non est omittendum quod ait *L. 2. h. t.* his agentibus nomine pupilli, qui sunt quasi tutores vel curatores, posse opponi exceptionem; *si tutor non est, si curator non est*: quae verba accipienda sunt pro formula exceptionis. *Cujacii Com. ad tit. 45. Cod. de eo qui pro tut. neg. ges.*

Questo conto dove si dee rendere? nel domicilio del tutore, ovvero nel luogo dove si è tenuta l'amministrazione? Gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano decidono a favore del luogo dell'amministrazione.

» Eum qui aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit rationem oportet reddere. *L. 1. cod. ubi de ratiociniis tam publicis quam privatis agi oportet.*

Casus. Tutelam alicujus pupilli, vel adulti curam administrasti: finita tutela, vel cura ubi conveniri debeat quaeritur? responde non ibi ubi domicilium habes, sed ibi ubi administrasti, puta si fueris Mutin. et Bononiae curam vel tutelam administrasti. Bon. es conveniendus et illuc transmittandus si alibi habes domicilium. *Accurs.*

Le leggi di rito civile si sono uniformate a queste disposizioni sul procedimento del rendimento de' conti. Ne riporteremo le rispettive sanzioni nel fine del presente articolo.

La suprema corte di giustizia consagrò la massima, che quando il testatore espressamente dichiara di non doversi dar conto dal contutore per l'amministrazione tenuta; questo conto dee sempre darsi; ma colle norme della buona fede, ed in modo da rendersi il contutore risponsabile del dolo, della frode, e della colpa lata. Decisione de' 26 gennaio 1826.

» *Fatto*. D. Giuseppe Foggia, negoziante di telerie forestiere a 15 luglio 1802 formò il suo testamento.

» Istituì eredi li suoi figli Raffaele, ed Antonio procreati in prime nozze, e Gennaro nato da Maria Esposito sua seconda moglie.

» Enunciò esser tra suoi beni il capitale del negoziato in circa ducati 3000, lo stiglio, e uditura di bottega, alcuni oggetti preziosi, un capitale di carte bancali impiegate colla regia corte, e delle partite di libro.

» Lasciò alle due sue figlie Celeste, ed Anna Maria la dote di ducati 800 per ciascuno.

» Ordinò, che la tutela de' figli minori Antonio, e Gennaro, Celeste, ed Anna Maria si fosse deferita in persona di detta sua moglie Maria Esposito, guardando il letto vedovile, unitamente al negoziante D. Placido Manzo, alli quali incaricò seguita sua morte di fare solenne inventario di tutto ciò che si apparteneva alla di lui eredità, affinchè non si potessero fare dilapidazioni, e consumo dal suo figlio maggiore Raffaele.

» Ordinò che giunti sarebbero detti suoi figli alle loro rispettive età maggiori, non potessero astringere detto contutore D. Placido a veruna reddizione de' conti dell'amministrazione della sua eredità, essendo ben sicuro della condotta, e buon regolamento del medesimo. Fatto l'inventario alla morte di Giuseppe Foggia si proseguì il negoziato, la di cui gestione fu affidata a Raffaele Foggia.

» Questi fece delle inversioni, e perciò il capitale del negoziato restò diminuito.

« Fu chiusa la bottega, e dopo un'anno essendosi vendute giudiziariamente le residuali merci se n'ebbe il ritratto di soli ducati 1048.

» Nella chiusura della bottega D. Placido Manzo aveva presentato un bilancio di merci residuali in ducati 1805 e grana 47 comprendendo nello stesso tre partite segnate colle lettere A. B. C. componenti in uno delle merci del valore di ducati 395. 30 che il medesimo aveva restituite a' negozianti Pinto, de Rosa, e de Paolis, i quali avevano somministrate quelle stesse merci a Raffaele Foggia, senz' averne conseguito il prezzo.

» Fuvvi contestazione tra il contutore ed Esposito negli antichi tribunali, e dalla gran corte della Vicaria fu destinato D. Bartolomeo del Gaiso *ad tuenda jura filiorum inpuberum quondam Josephi* Foggia.

» Ad istanza del curatore furono emanati diversi decreti ordinanti, che i tutori D. Placido Manzo, e D. Maria Esposito reddessero il conto della tutela. Questi furon confermati in grado di gravame prodotto da Manzo, sostenendo di non dovere render conto per esserne stato esonerato dal testatore; essendosi solo aggiunta dal S. R. C. la clausola *de quo tamen habeatur ratio tempore discussionis.*

» Fu reso in fine il conto di D. Placido Manzo. Negli antichi tribunali furono eseguite due relazioni sullo stesso, e trovavasi ordinata la terza.

» Ma passata la causa ne' nuovi tribunali la corte di appello sedente in Napoli con sua decisione de' 6 aprile 1816 ordinò che a' termini della legge si procedesse presso il tribunale di prima istanza alla discussione regolare dei conti renduti dall' anzidetto Manzo della tutela da lui esercitata.

» Seguì la discussione innanzi ad un giudice delegato del tribunale di prima istanza di Napoli. Il tribunale suddetto definì le controversie sulle diverse partite del conto mercè sua sentenza del dì 31 luglio 1816.

» Siccome Manzo insisteva sulla quistione di non doversi proseguire la discussione del suo conto, se prima la vedova Esposito non avesse del pari esibito il suo, il tribunale riservò al medesimo le ragioni contro Maria Esposito per farsi rendere conto di qualche cespite ereditario, che dimostrerebbe di aver essa amministrato.

» Avverso la sentenza del tribunale di prima istanza fuvvi appello tanto per parte del tutore D. Placido Manzo, che per parte dei signori Foggia. Nell' appello Manzo dedusse fra l' altro di non potersi devenire a condanna contro di lui, se pria in esecuzione del giudicato la vedova Esposito non venisse astretta alla dazione del conto.

» La corte di appello sedente in Napoli nel dì 6 dicembre 1816 emise la seguente decisione.

» La corte intese le parti ed il pub. Minist. nella persona del cavaliere Letizia regio proc. generale ed in continuazione dell' udienza del dì 13 settembre annulla così l' appello principale prodotto da D. Placido Manzo, che l' appello incidente prodotto per parte dei signori Foggia, e ciò di cui è appello, e con novella decisione ordina che nel conto di D. Placido Manzo saranno ammesse le seguenti partite:

1.° Ducati 2946 valore delle merci inventariate.

2.° Ducati 874 rinvenuti contanti.

3.° Più altri ducati 82. 95.

4.° Ducati 1058 e grana 49 capitale di carte bancali impiegato sulla decima di S. Maria di Portosalvo.

5.° Ducati 1873, e grana 30 per capitale sul patrimonio di de Santis.

6.° Ducati 339 e grana 53 di nomi di debitori di bottega.

7.° Ducati 289 di oro, ed argento lavorati venduti all' incanto.

8.° Ducati 225 per lo stiglio della bottega.

9.° L' interesse del 10 per 100 sul valore delle merci ereditarie nel modo, che in appresso verrà definito, a contare dall' epoca della morte di Giuseppe Foggia sino al giorno 18 novembre 1805, epoca della chiusura della bottega di negozio.

10.° L' interesse del 5 per 100 sulli ducati 850 contanti rapportati nell' inventario a contare dall' epoca della formazione dell' inventario stesso in avanti.

11.° Ducati 150 per la partita della esazione fatta terziatamente sul capitale impiegato sulla decima della Chiesa di Portosalvo, a ragione di annui ducati 45 e grana 25 per dieci terzi

» Ordina inoltre, che saranno ammesse le seguenti partite nell'esito.

1.° Ducati 1048, grana 50 valore delle merci al tempo della vendita; altri ducati 361 e grana 65 divario tra detti ducati 1048 e grana 50, ed i ducati 1410, e grana 15 valore delle merci all'epoca della chiusura della battega; ed altri ducati 395 e grana 32 valore delle merci restituite a signori Giuseppe Pinto, D. Saverio de Rosa, e D. Aniello de Paolis, in tutto ducati 1805 e grana 45. Benvero per i rimanenti ducati 1140 e grana 72 divario tra detta somma di ducati 1805 e grana 45, e l'altra di ducati 2946, e grana 47 di merci annotate nell'inventario, ed ammesse nell'introito, la corte ordina che si commetta ad uno, o tre periti da eligersi di consenso delle parti fra giorni tre, restando altrimenti nominati di officio i signori D. Pasquale Persico, D. Lorenzo Zino, e D. Paolo Montuori, i quali tenendo presente l'elenco delle merci inventariate, ed intese le parti a norma del rito, riferiranno se i generi annotati nell'inventario per lo suddetto valore di ducati 2946 e grana 17 potevano o per l'elasso del tempo o per le circostanze del commercio deteriorarsi sino alla detta somma di ducati 1805 quanti formavano il divario tra detti ducati 2946 ed i ducati 1805 e grana 45 delle merci in parte date in pagamento nella specie, ed in parte esistenti al tempo della chiusura della bottega come sopra. In vista di tal perizia la corte dichiara da ora di dover rimanere a carico del signor Manzo tutte le quatità, che dal rapporto di detti periti, e dopochè questo sarà rimasto omologato a' termini della legge, potranno forse risultare.

» Dichiara inoltre la corte, che l'interesse del 10 per 100 disposto nell'articolo 10 dell'introito sarà per ora calcolato, e pagato sulli ducati 1048. 50 ricevuti dalla vendita delle merci suddette; ed ordina, che lo stesso interesse sarà similmente calcolato, e pagato sulle altre quantità, che dietro l'ordinato rapporto de' periti risulteranno mancati per tutt'altra causa, fuorchè per naturale deteriorazione, o per circostanze del commercio,

2.° La partita di ducati 1863 e grana 30 sul patrimonio di de Santis. Benvero siano salve le ragioni a Gennaro Foggia come per dritto per la quota sua contro D. Placido Manzo, qualora per mancanza d'iscrizione nell'ufficio delle ipoteche potesse soffrire qualche danno o per la detta quota del credito stesso.

3.° La partita di ducati 225 per lo stiglio della bottega.

4.° La partita di ducati 87 e grana 90 per le spese occorse per l'accomodo dello stiglio anzidetto, ed altro.

5.° La partita di ducati 82 e grana 91 per medicamenti, medici, esequie, rogazione di testamento, spedizione di preambolo, ed inventario del testatore Foggia.

6.° Resteranno inoltre ammessi nell'esito gli alimenti somministrati a' minori, ed alla vedova, che la corte dichiara di restar definiti alla ragione di ducati 6 al mese per ciascuno di detti minori, e per la vedova, ed in proporzione del tempo, in cui alcuno di essi, o non sia trapassato, o non sia divenuto maggiore, da calcolarsi dalla morte di Giuseppe Foggia sino a tutto novembre 1805.

7.° La partita della pigione pagata al monastero di Donnalbina dall'epoca della morte di Giuseppe Foggia sino alla chiusura della bottega alla ragione di ducati 54 l'anno.

8.° La partita di ducati 20 pagata a D. Giuseppe d'Amore resta ammessa per soli ducati 10.

9.° La partita di ducati 31 spesi nella lite contro Vollaro si ammette per ducati 9.

10.° Si ammette la partita di ducati 16 e grana 56 spesi nella causa contro Parone.

11.° La partita di ducati 10 per medici, medicamenti, e funerali di Anna Foggia.

12.° La partita di ducati 25 e grana 34 per invetrate fatte nella casa abitata dalla vedova, e da minori Foggia.

13.° La partita di ducati 330 e grana 53 di debitori di bottega, ed ereditarj portati nell'inventario. Benvero salve le ragioni come per dritto a minori Foggia contro Manzo per l'impiego di ducati 150 fatto al signor Rodriquez, qualora all'epoca del contratto si trovasse mancanza di cautela.

14.° La partita di ducati 43 cioè du-

cati 36 depositati presso lo scrivano Spinelli, ducati 3. pagati all' uscicre Romano; e ducati 4 pagati all' incantatore per la vendita dell' oro, ed argento lavorato.

15.° La partita di ducati 1058 e grana 49 di capitale impiegato colla regia corte sulla decima di Portosalvo. Benvero D. Placido Manzo sia tenuto, dall' epoca della incamerazione di tali carte bancali per tutto il tempo avvenire, di somministrare al minore Gennaro Foggia annui ducati 9 quanti il minore stesso ritrarrebbe dall' impiego sul gran libro del debito pubblico per la porzione a lui spettante, se il suddetto capitale si fosse liquidato.

16.° La corte dichiara, che non sia ammissibile nell'esito la partita di ducati 942 e grana 70 di credito del signor Manzo descritto nell' inventario, nè la partita di ducati 146 di uguale credito di Fortunato Graziano. Benvero sarà salvo D. Placido Manzo di dimostrare la verità dell' uno, e dell' altro credito.

17.° Dichiara inoltre la corte, che gl' interessi del 10, e 5 per 100 ammessi negli articoli 9 e 10 dell'introito, saranno calcolati a debito del signor Manzo nel solo rapporto de' minori Foggia, e nello stesso rapporto resterà esclusa dall' esito tanto la partita di credito di esso Manzo, quanto l'altra di Fortunato Graziano, definite nel precedente articolo.

18.° La corte ordina, che colle partite fissate colla presente decisione, si proceda alla specifica, detraendosi la stessa parte dovuta al fu Raffaele Foggia, contro la eredità del quale restando salve le ragioni del signor Manzo per essere indennizzato di qualunque danno, spesa, ed interesse abbia potuto soffrire nella liquidazione e discussione del suo conto. In risulta di tale specifica condanna l'anzidetto D. Placido Manzo a pagare l' interesse del 5 per 100 per le partite sole, che potranno appartenere a' minori tanto sul valore delle merci ammesso per ora per ducati 1048 e grana 48, quanto sugli altri valori delle rimanenti merci, che potranno restare fissati colla ordinata perizia. Tali interessi del 5 per 100 saranno calcolati dal tempo della chiusura della bottega in avanti sino alla sua soddisfazione, imputati in discarico di tal debito li ducati 1000 di già pagati in virtù di decisione di questa corte. Salvo allo stesso signor Manzo di avvalersi di sue ragioni come di dritto, ove in seguito di detta specifica risultasse il suo debito in somma minore di detti ducati 1000 di già pagati.

19.° In quanto la vedova Esposito la corte condanna la medesima a dovere indennizzare D. Placido Manzo della metà di tutte le somme, che in conseguenza di questa decisione, e della ordinata specifica dovrà lo stesso pagare. Quindi ordina che resteranno presso del medesimo sequestrati non solo li ducati 50 che per le di lei doti ella rappresenta sulla eredità di Foggia, come anche tutto ciò, ch' ella stessa deve conseguire per la successione alla di lei figlia defunta Anna Maria Foggia, da liquidarsi come di dritto, e tenersene ragione nella specifica suddetta.

» La esecuzione ritenuta.

» Le spese di tutto il giudizio compensate.

» Questa decisione è stata impugnata con tre ricorsi per annullamento, l' uno per parte de' signori Foggia, l' altro per parte di D. Placido Manzo, ed il terzo da parte di D. Maria Esposito.

» In pendenza degli enunciati ricorsi fu eseguita la specifica dipendente dalla decisione de' 6 dicembre 1816. Fu ordinato alle parti di mettersi di accordo sulla stessa innanzi ad un giudice della gran corte civile delegato. Seguì l' analogo verbale, e su gli articoli, ne' quali le parti non furon di accordo, dalla gran corte civile fu pronunciato con decisione del dì 20 febbrajo 1819 nel seguente modo:

» La gran corte, intese le parti, ed il pub. minist. nella persona del signor cavalier Letizia, pronunciando definitivamente sulla specifica prodotta da Manzo e contradetta da Foggia, e sulle rispettive riserve contenute nel verbale di discussione redatto nel dì 8 febbrajo innanzi al giudice Abrusci, dichiara 1.° che la partita di ducati 864 ammessa nell' introito in secondo luogo nel verbale suddetto sia produttiva d' interesse riguardo al tempo della liquidazione, e di un tale interesse dopo la

deduzione del giudizio nella già gran corte della Vicaria, la gran corte civile si riserva di pronunciare la sua deliberazione visto l'esito della discussione del conto.

2.° La partita di ducati 2946 e grana 17 aggregata in primo luogo nell'introito si ammette per ora per ducati 1048 50 che si dicono ritratti dalla vendita delle merci coll'interesse al 5 per 100 dall'epoca di novembre 1805 in avanti; salva la provvidenza sulla maggior quantità della sorte, e degl' interessi, visto l'esito del giudizio commesso a' periti, per il di cui effetto il tutore Manzo fra un mese, a contare dalla intimazione della presente decisione, procuri a sue spese l'anzidetto giudizio di periti, altrimenti resta condannato all'intera somma portata nell'inventario, ed agl' interessi corrispondenti.

3.° Sia condannato il tutore Manzo di dare al minore Gennaro Foggia una partita d'iscrizione sul gran libro di ducati 300 coll'annualità al 3 per 100 decorsa da gennajo 1807 epoca della incamerazione delle carte bancali per tutto il tempo avvenire.

4.° La partita di ducati 1048 e grana 50 resti ammessa nell'esito a danno di tutti e tre i fratelli Foggia per soli ducati 868 e grana 82, e per gli altri ducati 179 e grana 68 s'imputino soltanto a danno de' due fratelli Antonio e Gennaro Foggia.

» In conseguenza di questa decisione e dei precedenti giudicati si liquidi il debito, o il credito del tutore per via di specifica a'termini del rito.

» Le spese all' esito.

» Queste decisioni si sono denunciate con diversi ricorsi. Quella de'6 dicembre 1816 è impugnata da Foggia, da Esposito, e da Manzo, e quella de' 20 febbrajo 1819 è impugnata da Manzo.

» I mezzi prodotti da'fratelli Foggia avverso la detta decisione de' 6 dicembre 1816 sono i seguenti.

1. Il tutore, essi dicono, è tenuto per legge alla colpa lieve. *L. 1. pr. D. tutelae, et rationibus distrahe. L. 7. C. arbitrium tutelae.* La corte di appello ha violate dette leggi, dichiarandolo risponsabile solo del dolo, e della colpa lata.

2.° Il testatore non può esonerare il tutore dal rendiconto della tutela. *L. 5 §. 7. D. de administrat. et peric. tut.*, e nella specie alla disposizione della legge si aggiunge il giudicato mercè il quale D. Placido Manzo è stato obbligato a render conto, non ostante la dispensa contenuta nel testamento di Giuseppe Foggia, ed a procederne alla discussione. L'obbligo di render conto porta però seco anche quello di dover giustificare gli articoli del conto. *L. 3. cod. de administrat. tut. vel carat. L. 81. et L. 111. D. de cond. et demonst.* Queste disposizioni di dritto impedivano alla corte di appello di ammettere a favore del tutore gli articoli mancanti di giustificazione.

3.° La corte di appello ha mal applicate alla specie delle tutele le *L. 119. D. de legat. 1. e L. 72. §. 3. D. de condit. et demonstrat.*, le quali riguardano casi del tutto estranei; quando per effetto delle stesse ha dichiarato Manzo responsabile solo del dolo, e della colpa lata.

4.° La omissione dell' inventario prima d'invocare l'amministrazione costituisce in dolo il tutore giusta la *L. ult. §. 1. C. arbitrium tutelae L. 7. D. de administrat., et periculo tut.* Il dolo del gestore proposto dal tutore ridonda nella persona del tutore stesso. *L. 5. §. 3. D. de administrat., et peric. tut.* e nella specie concorreva il dolo del gestore Raffaele Foggia riconosciuto, e dedotto in giudizio dallo stesso tutore. I registri del negoziato, se si sono omessi costituiscono una colpa lata, e se si sono occultati dei fatti, ciò forma indubitatamente un dolo. *L. 1. §. 2. D. de tut. et rat. distract.* I conti di Manzo offrono delle occultazioni, che non possono attribuirsi, che a dolo, e perciò nella legge romana venivano punite colla pena del doppio. *L. 2. D. tutelae, et rat. distrah.* Esiste la confessione del tutore stesso di aver adoperata negli affari pupillari molto minor cura de' proprii, ciocchè anche viene elevato a dolo della *L. 35. D. depositi vel contra.* La corte di appello ha violate tutte le indicate leggi nel dichiarare D. Placido Manzo esente di dolo.

5. Nell' essersi ammessi nel discarico di Manzo ducati 395. e grana 32. valore delle merci restituite a Pinto, de Rosa, e de

Paolis la corte ha violata la *L. 7. C. arbitrium tutelae*; ammettendo al tutore una occultazione del patrimonio pupillare coll'aver qualificati creditori creditarj quelli, che non lo erano per nessun riguardo.

6. Contro gli stessi principj adottati dalla corte si è assoluto il tutore anche dalla colpa lata, quando non si è condannato a ducati 361. di deteriorazione sofferta dalle merci per essersi mantenuta la bottega un'anno continuamente chiusa.

7. La corte di appello quando ha ordinata la perizia per vedere, se le merci annotate nell'inventario poterono o per l'elasso del tempo, o per le circostanze di commercio deteriorare nella somma di ducati 1140 ha violato l'art. 141 del cod. di proc. allontanandosi dalla posizione che offriva il processo; del pari l'art. 480 dello stesso codice, accordando a Manzo più di quello che aveva chiesto; le leggi della tutela quando non ha obbligato il tutore a realizzare il patrimonio pupillare diminuito per li prelievi fatti dal gestore, e dal tutore; non che la decenza de' giudicati, ordinando un'operazione assurda, inconseguente, ed inseguibile.

8. Pel contante ereditario, che Manzo si aveva usurpato non dovevano aver luogo gl'interessi al 5 per 100; ma le usure pupillari, cioè la massima, giusta la *L. 7. §. 1 de administrat. et peric. tut. L. 1 C. de usuris pupillaribus, et L. 38 D. de negot. gestis*, e questi dovevan decorrere dal dì della morte di Giuseppe Foggia, e non dal tardivo inventario, non dovendo la colpa del tutore ridondare in pregiudizio de' minori.

9. La riserva poi accordata a Manzo per gl'immaginarj crediti suoi, e di Graziano viola le leggi su'giudicati che vietano, che una contestazione già definita possa essere rianimata, e sottoposta a novello esame. La riserva stessa urta formalmente colla *novella 72 cap. 4.*

10. Relativamente agli oggetti preziosi la corte di appello ha diminuito il carico, che risultava dall'inventario, e che era stato riconosciuto dallo stesso tutore. Con ciò violazione formale della *L. 13. cod. arbitrium tutelae.* Ciò signatamente trattandosi di minorazione avvenuta per mancanza di peso, ossia per mancanza di parte degli oggetti.

11. Violazione dell'autorità della cosa giudicata nel restringere a favore del solo Gennaro Foggia quella riserva relativamente al capitale contro de Santis, che nella sentenza del tribunale civile era stata espressa anche a favore di Antonio Foggia, mentre per tal parte non vi era gravame di alcuna delle parti.

12. La corte di appello in luogo di minorare le somme che portavansi erogate per alimenti, e pigioni, le ha accresciute di altri ducati 519 a favore del tutore. Violazione perciò degli art. 141, e 480 del codice di procedura: non che della *L. 2 D. ubi pupillus educare debeat*, e di tutte e leggi, che vegliano alla salvezza del patrimonio pupillare, che si è nella specie diminuito con una ingiusta largizione a favore del tutore.

13. Violazione degli stessi art. dell'abolito codice di procedura nell'ammettere nell'esito tutt'i nomi de' debitori, quando il tutore ne portava inesatti solo ducati 135. Violazione pure delle leggi, che obbligano il tutore a rispondere del patrimonio pupillare; quando si sono discaricati come inesatti li nomi di debitori, senza indicare quali fossero, senza riconsegnare i titoli, e senza dimostrare di aver fatto il *totum posse* per pervenirne alla riscossione.

14. Si sono violate le leggi espresse nell' art. 2 quando senza giustificazione veruna si sono nell'esito ammesse le asserte spese funebri, medici, medicamenti per Giuseppe, ed Anna Maria Foggia, le asserte spese per lo stiglio della bottega, quella per le invetrate, pel deposito presso Spinelli, che anche eseguito, non avrebbe riguardato i minori Foggia ed altri.

15. Si sono finalmente mal applicati gli art. 131. dell'abolito cod. di procedura, e 471 dell'abolito codice civile nel compensarsi le spese dell'intiero giudizio comprendendoci quelle per obbligare D. Placido al rendiconto, e sua esibizione, procederne alla discussione, non che alla discussione stessa.

a I mezzi prodotti da Manzo in sostegno de' suoi ricorsi sono i seguenti.

a 1.° Essendo stato egli esonerato dal rendiconto dal testatore, non poteva esser risponsabile, che del solo dolo, e della frode. La

corte di appello ha riconosciuto il tutore esente da dolo, ma intanto ha emesse varie condanne contro il medesimo per causa di negligenza. Con ciò violazione delle *L.* 119. *D. de legat.* 1. e 2. §. 3. *D. de condition. et demonstrat.*, che dichiarono non doversi da siffatto tutore esiggere uno scrupoloso conto, e non dover rispondere della negligenza.

» 2.° La depennazione de' due crediti, l' uno di esso Manzo, l'altro di Graziano dipendenti dalla somministrazione di generi fatta da costoro a Giuseppe Foggia dopo il di lui testamento, ed annotati nell'inventario conteneva diversi errori. La corte di appello aveva scisso l'inventario; era caduta in contradizione, perchè avendo dichiarato, che nella gestione della tutela di D. Placido non vi fosse concorsa frode, non poteva immaginarsi, cha il medesimo fraudolentemente avesse descritti nell'inventario due crediti inesistenti. Quando anche aveva desiderata una prova, doveva ordinarla, e molto più, perchè trattavasi di fatto anteriore alla novella legislazione. Violazione perciò dell'articolo 1319; 1347; e 1348; e 1356 del cod. civ., e 108 delle leggi di eccezione secondo le quali la prova è sempre ammisibile.

» 3.° La responsabilità del tutore non poteva progredir oltre la tutela. Articolo 469 cod. civ. *L.* 1. §. 3. *de tut. et ration. distrah.* Or surta la lite negli antichi tribunali i minori Foggia erano stati provveduti di curatore in persona di D. Bartolomeo del Gaiso, Antonio Foggia era divenuto maggiore prima del 1809; ed in tal'epoca la tutela di Gennaro passò di dritto nella persona della sola madre. Articolo 390 cod. civ. Posteriormente al fine della tutela di esso Manzo si verificarono le iscrizioni, e le liquidazioni. Si son violate perciò le indicate leggi, dichiarandosi Manzo risponsabile della mancanza d'iscrizione pel capitale di de Santis, e per la mancanza della liquidazione della terza parte del capitale delle carte bancali spettante al minore.

» 4.° Le mercanzie trovate mancanti dipesoro dall'amministrazione tenuta da Raffaele Foggia. Dovendo questi mantenersi alla sua famiglia, e mantenere nel tempo stesso i minori si avvalse di una parte delle mercanzie. Ecco il motivo della mancanza. Il tutore al più poteva esser tenuto per le mercanzie mancanti, ma non ancora all'utile sulle stesse, che fu calcolato alla esorbitante ragione del 10 per 100. Violazione perciò della regola, che la misura de' danni debba restringersi, e non già ampliarsi, risultante dall'articolo 1150 dell'abolito codice, e dalla *L. unic. C. de sententiis, quae pro eo quod interest.*

» 5.° Trattandosi, che il tutore non era in dolo, la corte doveva ammettere le spese fatte. Essa intanto avendo trovata giusta nelle considerazioni la spesa di ducati 50 per medicamenti, medici, e funerali di Anna Foggia, nella dispositiva gli ha ridotti a soli ducati 10. Ciò contiene una violazione di tutte le regole sul rendimento del conto contenute negli articoli 469, a 475 dell'abolito codice.

» 6.° La corte di appello nel n. 10 del dispositivo della sua decisione ordinò una perizia per conoscersi, se i ducati 1140 e grana 72 di merci mancanti potevano esser l'effetto di ribasso di prezzo sulla intera partita di ducati 2946; e grana 17. All'opposto poi nel n. 11. dello stesso dispositivo la corte caricò gl'interi ducati 2946; e grana 17 senza dedurre i ducati 1140 e grana 72. Ciò importa una contrarietà di disposizioni nello stesso giudicato, e perciò si è violato il n. 7 dell'articolo 180 dell'abolito codice di procedura.

» 7.° Dopo che nel 1805 fu la bottega suggellata, e le mercanzie furono vendute, il danaro fu speso, e liberato a beneficio de' fratelli Foggia. Il tutore è tenuto agl'Interessi delle somme, che deve impiegare, *L.* 7. *et* 13. *de administrat. et peric. tut.* Articolo 456 dell'abolito codice civile, ma non deve sicuramente gl'interessi sulle somme, di cui si disponga per conto del minore, e su di quelle, che nel momento del rendimento del conto il tutore consegna. La corte nondimeno ha condannato il tutore a pagare gl'interessi dal dì della chiusura della bottega su di quelli ducati 1048; e 50 di mercanzie, che consegnò, e che furono vendute per conto de' minori. Risulta quindi chiara la violazione delle leggi come sopra citati.

» 8.° La corte di appello colla decisione del dì 6 dicembre 1816 accordò gl'interessi

al 5 per 100 su'ducati 1048 e 50; ma soggiunse che tale interesse fosse dovuto sul risultato del conto di esso Manzo in seguito di una specifica. La gran corte civile poi colla decisione del dì 20 febbrajo 1819 ha tolta la condizione della condanna degl'interessi prima, che si vedesse il risultato del conto. Ciò significa una contrarietà di giudicati; ed in consegnenza si è violato il n. 6 dell'articolo 4 dell'abolito codice di procedura.

» 9.° Li ducati 1048 ricevuti dalle merci per soli ducati 51 e grana 10 eransi erogati per le doti di Celeste Foggia, essendosi il dippiù esaurito per liberanze, e spese giudiziarie. Erroneamente la gran corte civile ha dichiarato, che per soli ducati 179 e grana 68 non fossero comuni, ma che il dippiù dovesse imputarsi anche nella terza parte di Raffaele Foggia. In tale modo sono rimasti violati li diversi decreti di liberanza passati in cosa giudicata.

» I pesi e beni dell'eredità di Giuseppe Foggia erano a dividersi fra tre fratelli Antonio, Gennaro, e Raffaele. Ma questa regola non doveva valere, laddove trattavasi di una spesa, che non si era fatta di tutti e tre i fratelli. La corte di appello colla decisione del dì 6 dicembre 1816 mentre non diede alimenti a Raffaele Foggia, ordinò, che questi ne pagasse la terza parte. La partita degli alimenti non doveva per intero porsi nell'esito, ma imputarsi a' fratelli Gennaro, ed Antonio. Nella discussione della specifica Manzo sosteneva appunto tale posizione, e la gran corte civile colla decisione de'20 febbrajo 1819 ha omesso di pronunciare su questa quistione. Quindi la corte di appello incorse in una contrarietà di disposizioni nello stesso giudicato; e la gran corte civile è incorsa nella omissione di giudicare; perciò si sono violati i num. 7 e 5 dell'articolo 480 dell'abolito codice di procedura, e 544 delle leggi vigenti.

» I mezzi finalmente del ricorso di Maria Esposito sono stati i seguenti.

» 1.° Si sono violate tutte le leggi poggiate sulla equità, e giustizia naturale, e fra le altre la *L.* 1. §. 13. *D. de tut. et rat. distrah.*, la quale espressamente prescrive, che il contutore possa rivolgersi contro l'altro contutore per quelle somme, che questi abbia percepite, o per la colpa lata, che lo stesso abbia commessa. Or subito, che per fatto costava, che la mancanza di tutti li beni ereditarj avvenne per colpa, e dolo dello stesso Manzo, e per l'amministrazione dallo stesso tenuta, non poteva perciò essere condannata essa Esposito a pagamento veruno.

» 2.° Maggiormente, e senz'alcun velo appariva, quanto malamente si fosse giudicato a danno di essa Esposito, subito, che si leggono le dimande di Manzo ad essa in copia intimata, ed anche l'appello di esso Manzo proposto avverso la sentenza del tribunale civile de'31 luglio 1816; che solo contengono la chiamata al rendimento de'conti. Ed intanto la corte uscendo fuori dalle stesse precise dimande di Manzo l'aveva condannata a beneficio dello stesso, anche non avendolo questi in tutto il corso del giudizio dimandato.

» Udito il rapporto; presenti gli avvocati D. Gennaro Guarracino pe'signori Foggia, D. Gennaro Guadagni per Esposito, e D. Aniello Manzo per D. Placido Manzo; ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso 1.° di farsi dritto al ricorso di Foggia per lo negoziato, e per gli oggetti preziosi, e rigettarsi sul rimanente: 2.° Di farsi dritto al ricorso di Esposito per ogni altra conseguenza della tutela, meno, che per gli articoli del negoziato, pel quale rigettarsi il ricorso medesimo 3.° di farsi dritto a' ricorsi di Manzo in quanto agli alimenti, agl'interessi, ed ai modi, con dividersi tra i figli di Giuseppe Foggia i risultamenti dell'amministrazione della tutela, e rigettarsi per ogni altro articolo.

» La suprema corte deliberando nella camera del consiglio:

» Vedute le decisioni: vedati i ricorsi:

» Nell'interesse de' fratelli Foggia, e D. Placido Manzo.

» Considerando, che la già corte di appello di Napoli nel definire nella decisione de'6 dicembre 1816 le non poche quistioni derivanti dalla tutela de'figli minori del fu Giuseppe Foggia, esercitata dalla di lui vedova Maria Esposito, e dal contutore D. Placido Manzo preliminarmente esaminò

» 1.° Se si era ben proceduto alla discussione del conto dato da Manzo, tuttocchè la contutrice Esposito non avesse renduto il suo;

e sul proposito ritenne, che i minori Foggia potevano ben dirigersi contro dell'uno o dell'altro de' contutori; ma che per essersi l'amministrazione tenuta da Raffaele Foggia figlio maggiore di Giuseppe colla intelligenza della tutrice Esposito, la stessa non potesse evitare di rifare per la sua parte il contutore Manzo, il quale rispondeva del solito rimpetto a Foggia:

» 2.° Che importasse a favore di Manzo l'essere stato dal testatore esonerato dal rendimento del conto; e su quest' oggetto ritenne che da sì fatta esonerazione non poteva derivarne che il tutore non dovesse affatto renderlo, ma che avendosi in considerazione la buona fede, e la fiducia del testatore in colui, che assegnandolo per tutore lo dispensava dal conto, non dovesse in questo caso il conto da darsi soggiacere ad una rigorosa discussione, nè il tutore dovesse essere responsabile che del dolo, della frode, e della colpa lata.

» Considerando, che indi la corte sulla norma di siffatti principj essendo discesa all' esame delle partite, che avevano formato oggetto di controversia sul conto già renduto da Manzo in esecuzione de' decreti degli aboliti tribunali, e riconoscendo nella gestione di Manzo la di lui buona fede, spiegò le rapportate provvidenze nell' interesse de' minori, contro Manzo, con avere d'altronde condannata la vedova Esposito ad indennizzarlo per la metà di tutte le somme, che Manzo avrebbe dovuto pagare in conseguenza di quella decisione.

» Ch' essendosi dalla gran corte civile di Napoli con decisione de' 20 febbrajo 1819 spiegate le provvidenze riserbate in quella de' 6 dicembre 1816; l'una e l'altra trovansi denunciate con separati ricorsi nel rispettivo interesse de' contendenti, la prima cioè da Foggia, Manzo, ed Esposito, e la seconda dal solo Manzo.

» Considerando, che a conoscere del merito del ricorso de' fratelli Foggia, e di quelli di Manzo, convenga separare i mezzi pe' quali si è creduto da Foggia di essersi la corte male avvisata nell' aver assunto per base delle sue determinazioni il secondo degli enunciati principj nella discussione del conto del contutore Manzo, non che i mezzi co' quali da Manzo non solo si sostiene di essersi erroneamente proceduto alla discussione del suo conto senza quello della contutrice, e di essersi creduto che fosse egli obbligato a render conto a traverso del precetto del testatore, dagli altri mezzi che riflettono le provvidenze date individualmente sulle partite in disputa.

» Considerando, che rapporto agli enunciati due principj, e che senza dubbio hanno servito di base all'una ed all'altra decisione, mal si sono avvisati e l'uno e gli altri, dacchè la corte di appello nell' essersi creduta autorizzata alla discussione del conto di Manzo senz' attendere quella della contutrice Esposito, non solo non deviò dalle norme legali, ed opportunamente applicò la legge 2 del cod. Giustinianeo al titolo *De divid. tut.*, ma seguì pure le tracce già segnate sul proposito dall' abolito S. R. C.

» Che molto meno la stessa corte di appello si allontanò dalle regole del dritto *L.* 219. *de legat.* 1. e *L.* 72. *de condit. et demonstrat*, *L.* 5. §. 7. *de adm. et peric. tut.* allorchè fissò in principio che il tutore esonerato dal peso di rendere il conto, lo dovesse nondimeno dare, da doversi però discutere non scrupulosamente, e nel mo[illegible] dinario, ma colle norme della buona [illegible] ed in modo da renderlo risponsabile [illegible] to del dolo, della frode, e della colpa [illegible] e non ravvisando nella gestione di Manzo [illegible] enunciati vizii, discese alla discussione [illegible] conto.

» Quindi è che tutt' i mezzi e del ric[illegible] di Manzo relativi agli assunti principj, e [illegible] quello di Foggia co' quali in senso opp[illegible] si è combattuto soltanto il secondo, siano d[illegible] rigettarsi.

» Considerando, che ritenuto il principio di non dovere Manzo rispondere, che delle conseguenze del dolo, della frode, e della colpa lata, ed avendolo la corte di appello applicato alla partita de' ducati 361 per deteriorazione delle merci dall' epoca della chiusura della bottega, alla mancanza nella vendita de' pochi oggetti preziosi, alle spese dell' ultima infermità e funerali di Giuseppe Foggia, e di sua figlia Anna Maria, non che dello stiglio della bottega, come anche ad al-

cuni nomi di debitori non esatti, ed altri piccoli esiti ammessi a favore di Manzo, non ha per queste partite tratta quella conseguenza, che dallo stesso principio doveva derivare. È perciò la suprema corte rigettando i mezzi di Foggia relativi alle stesse, si è limitata all'esame di quelle che riguardano 1.° i ducati 618 invertiti in uso di esso Manzo e di Raffaele Foggia: 2.° i ducati 395 prezzo de' generi restituiti a' negozianti Pinto, de Rosa, e de Paolis: 3.° ed infine il capitale sul patrimonio di de Santis; ed ha considerato

» Che se ogni tutore non può sottrarsi dal rispondere a' minori delle mancanze rinvenute nel di loro patrimonio, *et quid quid amiserint* non solo per dolo o per colpa lata, ma *etiam levi* non può non venire nel giudizio della tutela *L. 7. Cod. arbitr. tut.*; doveva la corte di appello sulle due partite osservare,

» Che nell'asse ereditario di Giuseppe Foggia si erano rinvenute delle merci del suo negoziato del valore di ducati 2946; che questo capitale era rimasto minorato nella somma di ducati 1140; che tale diminuzione oltre la deteriorazione delle merci dopo la chiusura della bottega, e della parte consumata in esiti per li minori, era in parte derivata dalle inversioni a pro di Raffaele Foggia, e dell'istesso tutore.

» Che in effetto Raffaele Foggia preposto al negoziato durante la tutela, e del di cui fatto doveva rispondere il tutore giusta la *L. 5. §. 3. D. de administrat. et peric. tut.* aveva invertiti nel proprio uso ducati 400, e D. Placido Manzo si avea preso ducati 218 in saldo di un suo credito, non documentato ne' modi voluti dalla legge, e che da queste due partite sorgeva la mancanza rapportata nel secondo bilancio di Raffaele Foggia.

» Che quindi trattandosi dell'ammessione chiesta dal Manzo delle dette due partite, la corte di appello nell'ordinare una perizia per conoscere, se i generi annotati nell'inventario poterono o per l'elasso del tempo, o per le circostanze di commercio deteriorarsi fino alla somma di ducati 1805, si allontanò da' fatti che si offrivano alla di lei deliberazione.

» Che di fatto non si dubitava, che i tutori negli antichi tribunali, e nel chiedere la chiusura della bottega non mai avevan dedotto, che si fosse risentita perdita per l'elasso del tempo, o per le vicende del commercio, ma tutta la mancanza uniformemente attribuivasi alla cattiva amministrazione, ed allo sciupamento di Raffaele Foggia.

» Che d'altronde se la bottega ereditaria di Giuseppe Foggia era stata in esercizio circa anni due e mezzo non potevansi nella chiusura della stessa rinvenire quelle stesse merci, ch'erano state annotate alla morte di Giuseppe Foggia.

» Che a ciò si aggiungeva che sino alla fine del 1804 sulla vendita delle merci vi era stato un lucro, ed eransene ritratti di contanti ducati 1235, e che posteriormente il capitale delle merci non era stato mai maggiore di ducati 2000, e perciò detraendosi da questi li ducati 1805 nell'ultimo bilancio portati, secondo il costo di fattura, non poteva affatto concepirsi una minorazione nella somma di ducati 1048.

» Che quindi se la mancanza risultava dalla versione del numerario ritratto dalla vendita delle merci, e non già dalla deteriorazione delle merci stesse, la ordinata perizia mancava di oggetto, era fondata su dati erronei, e non poteva essere diretta che a rinvenire una posizione contraria a quella, che risultava da' fatti elementari fissati dall'azione, e dalla eccezione de' contendenti; e se la causa della mancanza degli enunciati ducati 618 era certa, nè poteva essere il risultato di una perdita necessaria, mal si avvisò la corte di appello nell'aver fatto dipendere dall'esito di una perizia quella provvidenza che avrebbe dovuto emettere definitivamente sulla detta partita di esito a norma delle leggi, che rigorosamente garantiscono la salvezza del patrimonio pupillare.

» Che relativamente agli esiti per Pinto, de Rosa, e de Paolis era a considerarsi, che costoro non avevano causa da Giuseppe, ma bensì da Raffaele Foggia gestore della bottega, cui avevano somministrate delle merci due anni dopo la morte del primo.

» Che le merci somministrate dagli indicati tre negozianti non erano state aggiunte al capitale attivo del negoziato, e perciò il di loro prezzo non poteva essere a carico de' minori,

senza cadersi nell'assurdo di riconoscersi dovuto un prezzo senza la ricezione delle merci, alle quali doveva corrispondere, o di doversi fare un pagamento senza causa veruna.

» Che in fine se le vendite delle merci fatte da negozianti Pinto, de Rosa, e de Paolis nella chiusura della bottega erano rimaste sfornite col reciproco consenso, avendo costoro annuito a riprendere le proprie merci, delle quali non avevano conseguito il prezzo, non vi rimaneva alcuna vendita, di cui potesse caricarsi il prezzo a'minori Foggia; poichè gl'indicati tre negozianti col ritirarsi le stesse loro merci, nulla avevano preso dal capitale ereditario.

» Ed è perciò che per tali riguardi li ducati 395 e grana 32 di merci restituite a Pinto, de Rosa, e de Paolis ugualmente che le precedenti due partite di esito in altri ducati 618 non potendo in alcun modo minorare il capitale delle merci ereditarie annotate nell'inventario non potevano sfuggire le conseguenze del giudizio della tutela per l'effettiva, e vera mancanza rinvenuta nel patrimonio pupillare.

» Ed in fine che relativamente alla mancanza d'iscrizione del capitale contro de Santis, avendo il tribunale di prima istanza fatta una riserva a favore tanto di Gennaro, che di Antonio Foggia, e non essendovi stato appello per tal caso o per parte di D. Placido Manzo, come la stessa corte aveva riconosciuto, non poteva modificare la sentenza de' primi giudici, limitandosi la riserva esclusivamente a Gennaro Foggia: dippiù era da osservarsi che i giudici di sola revisione mancano di giurisdizione per rivedere o riformare la sentenza de' primi giudici, senza il corrispondente gravame prodotto; ed oltre a ciò la decisione di questa parte è in contradizione con se stessa per essersi modificata quella riserva che ne'motivi si era riconosciuto dovere restar ferma per mancanza di gravame.

» Ond'è, che i mezzi su queste tre partite debbono essere accolti, annullandosi in queste parti nel di loro interesse la decisione de'6 dicembre 1816.

» Sul ricorso della vedova Esposito.

» La suprema corte ha considerato,

» Che dalla ricorrente Esposito, oltre de' motivi pei quali sostenne che non doveva essere affatto condannata, si è dedotta di essersi giudicato a di lei danno senza che si fosse da D. Placido Manzo istituita azione di garantia o regresso contro di lei, dacchè tanto nelle domande da Manzo avanzate contro di essa ricorrente, quanto nell'appello dal medesimo prodotto avverso la sentenza de'primi giudici, non si conteneva che la chiamata al rendimento del conto, sostenendosi di non doversi devenire alla discussione del conto renduto da esso Manzo, se non si fosse prima la contutrice Esposito obbligata ad esibire parimenti il suo.

» Che questa posizione non solo non è resistita da fatti consegnati nella decisione in esame, ma vien benanche garantita dal non essersi la corte di appello proposta ad esaminare che l'unica questione agitata e negli antichi, e ne'nuovi tribunali, di potersi cioè discutere il conto di Manzo senza esibirsi quello di Esposito, e nel deciderla nel senso contrario a Manzo ha tratta essa la conseguenza di doversi dalla contutrice rifare Manzo per la di lei tangente.

» Che la dimanda della esibizione del conto era tutta diversa dall'altra di condanna per rimborso del risultato di quello reso da Manzo, e questa condanna non poteva essere che l'effetto di una domanda specificamente diretta ad ottenerlo.

» Che sia violare tutte le leggi fondamentali della procedura l'emettere con eccesso di potere una condanna, senza che sia stata preceduta dall'analoga domanda.

» E per conseguente la suprema corte arrestandosi a questo motivo di rito, si è astenuta dal discendere all'esame del merito.

» Finalmente nell'interesse di Manzo ha considerato,

» 1.° Che sebbene essendosi la bottega ereditaria delle telerie forestiere tenuta in esercizio per conto de' signori Foggia, un lucro sulla stessa dovevasi percepire da' medesimi, di cui dal tutore Manzo era dovuto il rimborso *L. 6. D. de administrat. et peric. tut.* pure il modo in cui nella decisione si è fissato alla ragione del 10 per 100 manca di base, per non essersi indicati gli elementi pe' quali il lucro effettivo, maggiore o minore del 10 per

100 siasi stabilito alla detta ragione, e per questa via si è caduto nell'arbitrio, che la legge non accorda a' giudici, ma vuole che il loro giudizio discenda dagli elementi fissati da litiganti.

» 2.° Che nel ripartire gli alimenti; e qualunque altra liberanza dovevano osservarsi le regole del giudizio *familiae erciscundae*, imputandosi nella quota di ciascuno ciocchè precedentemente avesse ricevuto, e se gli alimenti per D. Maria Esposito, e li minori Celeste ed Anna Maria Foggia erano a carico di tutt'i coeredi di Giuseppe Foggia, non poteva ciò non militare anche per quelli ricevuti da Antonio, e Gennaro Foggia.

» Ed è perciò che la suprema corte ha accolti i mezzi da Manzo prodotti contro le due enunciate decisioni su questi oggetti; ed ha rigettati gli altri per non aver trovate sussistenti le altre violazioni di legge assunte da Manzo per ottenere l'annullamento delle altre parti delle dette decisioni impugnate coi suoi ricorsi.

» Per siffatti motivi la corte suprema pronunziando in primo luogo sul ricorso di Foggia avverso la decisione de'6 dicembre 1816 accoglie i mezzi relativi alla perizia per quanto importano i ducati 618 invertiti in uso di D. Placido Manzo, e D. Raffaele Foggia: accoglie anche i mezzi relativi a' ducati 395 prezzo de' generi restituiti a' negozianti Pinto, de Rosa, e de Paolis: accoglie in fine i mezzi relativi al capitale sul patrimonio di de Santis: e per queste parti annulla la decisione anzidetta, e pel rimanente rigetta il detto ricorso.

» Pronunziando in secondo luogo sul ricorso di Maria Esposito avverso la enunciata decisione, accoglie il secondo motivo del detto ricorso, e nel di lei interesse annulla la decisione medesima. Pronunziando in fine sù ricorsi di Manzo avverso la stessa decisione de' 6 dicembre 1816, e quella de' 20 febbrajo 1817, accoglie i mezzi, che riguardano il modo della fissazione degl'interessi sul capitale del negoziato, e gli altri mezzi che riguardano il sistema seguito dalla corte nel dividere fra tutt'i figli di Ginseppe Foggia gli alimenti ed ogni altra liberazione fatta a favore degli individui della di lui famiglia, e quindi per questa parte annulla le impugnate decisioni, e pe' rimanenti capi rigetta i ricorsi. Per le parti annullate rimettendo le cose nello stato in cui erano prima di pronunziarsi le impugnate decisioni, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirs'i depositi ec. »

Dati due tutori testamentarj, uno dei quali abbia solo amministrato i beni dei minori, il giudizio della reddizione de' conti dee solo contro costui istituirsi. La già nostra corte di cassazione consagrò questa massima con decisione de' 4 dicembre 1816.

» *Fatto*. Il fu Aniceto Serafini con suo testamento del 1795 instituì eredi i suoi figli minori Francesco, Pietro e Giuseppe, destinando ad essi per tutore il signor D. Giovanni Serafini ed il signor D. Vincenzo Pardi. Costava per fatto che sebbene entrambi i tutori destinati avessero chiesta la spedizione del preambolo a favore de' minori e la conferma della tutela, pur tutta volta il signor D. Giovanni Serafini senza essersi nell' amministrazione immischiato erasi dalla tutela scusato non meno pel carattere di sacerdote, che per la sua avanzata età. Egli non aveva curato di far ammettere dal giudice questa sua scusa; ma niun dubbio vi era di essersi costantemente astenuto dall' amministrazione. Convenuto in giudizio da' minori già fatti maggiori pel rendimento de' conti, il tribunal civile con sentenza degli 11 dicembre 1815, lo condannò insieme con altri amministratori alla chiesta esibizione del conto.

» Morto il sacerdote Giovanni Serafini, il di lui erede appellò. La Corte di appello di Lanciano con decisione del dì 1 aprile 1816, rivocando la sentenza, discaricò l'erede del tutore dalla chiesta esibizione del conto, salve a' minori le ragioni che potevano loro sussidiariamente competere in caso d'insolvibilità degli amministratori.

» I fratelli Serafini produssero ricorso per cassazione, assumendo, di essersi violato l'assioma legale riportato nella legge 1. §. 1. *D. de administratione et periculo tutorum etc. Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a Divo Marco constitutum est: ut qui scit se tutorem*

datum, *nec excusationem*, *si quam habet*, *allegat intra tempora praestita*, *suo periculo cesset*.

»» Decisione. Udito il rapporto del consigliere cavalier Rizzi: intesi il cavalier D. Giacinto Martucci avvocato de' fratelli Serafini: ed i signori D. Gennaro di Niscia e D. Filippo Vecchioni avvocati di D. Orazio e D. Giovanni Serafini; ed inteso il regio procurator generale Vecchione, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso, salva a' ricorrenti l'azione sussidiaria contro al signor D. Giovanni Serafini nel caso d'insolvibilità del tutore signor Pardi che avea tenuta l'amministrazione de' beni: »»

»» La corte di cassazione deliberando nella camera del consiglio: »»

»» Vista la decisione: visto il ricorso per cassazione: »»

»» Veduta la legge 39 §. 11 *D. de administratione et periculo tutorum etc.* così concepito.

» *In eum, qui tutelam gerere noluit, post caeteros qui gesserunt, actionem utilem tutelae dari placuit. Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos, qui se negotiis miscuerunt, sed communi negligentia periit, citra substitutionis ordinem aequaliter omnium periculum spectat.*

»» Considerando che sebbene il fu sacerdote D. Giovanni Serafini e 'l signor Vincenzo Pardi nominati tutori dal signor Aniceto Serafini nel di lui testamento avessero prima, nel chiedere il preambolo a favore de' di lui figli, dimandato il conferimento nelle loro persone della tutela, pur nondimeno l'istesso D. Giovanni appena dopo quattro giorni si fece a dimandare la sua esonerazione dalla tutela istessa, deducendo l'impedimento che gli veniva dalla legge, essendo un ecclesiastico, e quello che veniva dalla sua vecchia età e dallo stato di sua cagionevole salute: »»

»» Considerando che la scusa dal medesimo proposta ebbe la garantia della legge, essendogli vietato dal dritto civile e canonico d'indossare il peso della tutela testamentaria, e che sebbene dalla novella CXXIII cap. V dell'imperatore Giustiniano, e dalla risaputa autentica *Praesbyteros* gli venisse permesso, pur nondimeno essendo nella di lui libertà di accettarlo o rifiutarlo nel giro di quattro mesi, ed avendolo rifiutato, appena scorsi quattro giorni dal momento in cui fu presentata la prima istanza, non può dirsi a buona ragione che avesse egli rappresentato e sostenuto il carattere di tutore: »»

»» Considerando che da' fatti consacrati nella decisione della corte di appello di cui è ricorso, è evidentemente dimostrato che non mai prese il sacerdote Serafini alcuna parte negl' interessi ed affari della tutela, e che per contrario tutti furono al solo carico e peso di Pardi: »»

»» Considerando che non può chiamarsi al rendiconto colui che non sostenne giammai la divisa di tutore, e non amministrò i beni pupillari: »»

»» Considerando che queste verità vengono attestate dalle dichiarazioni e dal fatto degli stessi attori fratelli Serafini: »»

»» Considerando infine che il dritto de' fratelli suddetti pel rendiconto è sempre salvo contra l'erede del defunto Vincenzo Pardi che amministrò la tutela, e che ove nell'esito del conto di Pardi altri dritti dia la legge ai fratelli suddetti, questi egualmente, se loro competono, potranno essi sperimentarli in ogni tempo: »»

»» Per tutte le proposte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso prodotto da' fratelli Serafini contra la decisione della corte di appello di Lanciano segnata nel dì 1 aprile del corrente anno 1816. »»

» §. 69. Ogni tutore può essere obbligato
» anche durante la tutela, a rimettere al tu-
» tore surrogato gli stati di sua amministra-
» zione, nell' epoche che il consiglio di fa-
» miglia avrà stimato opportuno di fissare,
» senza però che si possa costringere a da-
» re più di uno stato per anno.

» Questi stati saranno stesi o rimessi senza
» spese su carta non bollata, e senza alcuna
» formalità. *Art.* 393. *Leg. civ.*

Il nostro articolo si stacca dall'articolo 470 del codice francese. Ivi si sciolgono il padre, e la madre dall' obbligo di rimettere al tutore surrogato durante la tutela gli stati della loro rispettiva amministrazione. Nondimeno osserva Maleville su questo articolo » aversi per altro a mente, che i genitori sono come

ogni altro tutore obbligati non solo a render conto della loro amministrazione, compiuta che ella sia, ma eziandio a rimettere il conto sommario accennato nell' articolo 457 (380) *Maleville. Osservaz. all' art.* 470 *del cod. civ.* Questa osservazione ha dovuto adunque dar luogo alla diversa redazione del nostro articolo. Difatti se il padre, e la madre non fosssero tenuti di rimettere i stati dell' amministrazione della loro tutela alle richieste del tutore surrogato, risulterebbe inefficace per quest' ultimo l' articolo 342 (§. 19); imperciocchè gl' interessi del minore caduti in opposizione con quelli del di lui padre, o della madre tutori, il surrogato tutore rimarrebbe interdetto di agire. Quindi la sanzione del nostro articolo doveva mettersi in pieno rapporto coll' altro articolo 342; onde sotto il nome di *ogni tutore* fossero anche compresi i rispettivi genitori del minore, allorchè costoro hanno l' amministrazione della tutela.

» §. 70. Il conto diffinitivo della tutela » si renderà a spese del minore, allorchè » sarà giunto alla maggiore età, o avrà ottenuto l' emancipazione. Le spese si anticiperanno dal tutore.

» Si ammetteranno in favore del tutore » tutte le spese a sufficienza giustificate, il » cui oggetto si riconosca vantaggioso *Art.*394. » *Leg. civ.*

Anche l' imperatore Antonino rescrisse, che le spese legittime erogate pel pupillo debbono essere computate nei conti, benchè non disposte dal giudice.

» Sumptus in pupillum tuum necessario (*puta in alendo*) et ex justis honestisque causis judici, qui super ea re cogniturus est, si probabuntur (*a te tutore*) facti accepto ferentur, etiam si praetoris decretum de dandis eis non sit interpositum, id namque, quod a tutoribus sive curatoribus bona fide erogatur, potius justitia, quam aliena autoritate firmatur *L.* 3. *cod. de administrat. tut. et curat.*

Casus. Si pupillus finita tutela fructus quos tutor percepit petat, et dicat tutor se in eo multa impendisse; an expensae veniant in computationem quaeritur? dicitur quod sic, licet de his refundendis decretum judicis non intervenerit; quia justitia non auctoritate judicis quod bona fide erogatum est debetur. *Vivianus.*

Per ciò che riguarda le spese utili da ammettersi in favore del tutore, che rende conto, osserva Delvincourt, che » queste spese debbono esser tali dal principio, ossia dal momento in cui sono state fatte, quando anche per accidente fossero divenute inutili. *Sufficit tutori, bona, et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est. L.* 3. §. 7. *D. de contraria tut.* Per esempio, se il tutore ha fatto riparare una casa la quale è stata poi incendiata, egli non ha meno dritto a ripetere le spese della riparazione. Non sarebbe lo stesso però ove si trattasse di un nuovo affare dal tutore intrapreso di sua spontanea volontà per conto del minore, il quale affare avendo potuto comparir utile sul principio fosse divenuto in seguito pregiudizievole. Il tutore in questo caso non potrebbe reclamare le sue spese che sino alla concorrenza del profitto risultato pel minore al momento della reddizione del conto. In generale viene interdetto al tutore ogni speculazione, la quale presenti una vicenda così di guadagno, come di perdita. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 3. *nota* 184 *al tit.* 10.

Per le spese a sufficienza giustificate, il medesimo giureconsulto particolarmente riflette che » l' articolo non aggiunge affatto *in iscritto*, perchè non si può astringere il tutore a riscuotere delle quietanze per tutte le spese fatte. Egli dee munirsene il più che gli sarà possibile; ma vi è sempre una infinità di spese minute le quali non possono essere giustificate in iscrittto e che debbono intanto essergli bonificate. *Idem. Nota* 185.

» Il conto si rende a spese del minore, osserva poi Toullier, ed esse sono anticipate dal tutore, 417 (494). Le spese del conto si chiamano spese comuni, codice di procedura, 532 (615); e ciò perchè esse son fatte tanto per soddisfare l' incaricato dell' esame del conto, che per liberare il reddente. Esse non possono consistere che nelle spese de' viaggi, se hanno avuto luogo, di vacazioni al patrocinatore, che ha posto in ordine i documenti del conto, delle prime ed altre copie, nelle spese di presen-

tazione, e di affermazione giurata del conto. Cod. di proc., 532 (616). Le contestazioni cui dan luogo i conti, le procedure fatte e le sentenze ottenute per costringere il tutore a rendere il suo conto, appartengono alla classe di quelle spese, a cui in ogni caso dev'essere condannato il succumbente 473 (396).

» La sentenza che ingiunge il rendimento del conto deve fissare un termine a renderlo, e delegare un giudice che lo riceva. Codice di procedura, art. 530 (613).

» Colui che rende il conto, o il tutore, sia che egli stesso abbia fatto istanza di volerlo rendere, sia che gli fosse stato da altri dimandato, deve presentarlo, e giurarlo innanzi al giudice delegato dal tribunale.

» Se colui che deve dare il conto, lo rende senza esserne provocato, egli può farsi rilasciare dal presidente del tribunale un'ordinanza che nomina un commissario per questa operazione; ed in virtù di questa ordinanza fa citare la persona cui deve rendersi il conto a giorno ed ora fissata dal giudice commissario, per veder presentare, e giurare il conto; e nel medesimo tempo lo fa citare, ne' termini ordinarj, a veder giudicare il suddetto conto.

» Spirato il termine prefisso dalla sentenza, la parte obbligata a render conto, può essere astretta col pignoramento, e colla vendita de' suoi beni fino alla concorrenza di una somma da arbitrarsi dal tribunale; e può esserlo ancora per via di arresto personale, se il tribunale lo giudica conveniente. Codice di procedura, art. 534 (617).

» La presentazione, e l'affermazione giurata del conto è un processo verbale del giudice commissario, nel quale colui che rende il conto, di persona, o per mezzo di procuratore speciale lo presenta, e ne giura la verità.

» Questa formalità che trae la sua origine dall'antica costumanza di far presentare alle parti diversi giuramenti nel corso delle procedure fu inserita nell'ordinanza del 1667, (d'onde è passata nel codice di procedura), quantunque da lungo tempo riconosciuta inutile; giacchè il conto deve nondimeno essere notificato, 539 (619).

» Prodotto e giurato il conto, se l'introito eccede l'esito, il tutore deve pagare l'eccedente o sia il dippiù, senza aspettare la decisione del conto: altrimenti la parte cui si rende il conto, può senza approvare il conto, richiedere dal giudice commissario un mandato esecutivo per la riscossione della somma residuale, vale a dire un'ordinanza che ingiunga al tutore di pagare, e che viene resa esecutiva colla formola ordinaria *in nome del re*. Codice di procedura, art. 535 (618).

» Questa disposizione ricavata dalla nostra antica giurisprudenza è di una evidente giustizia. Chi rende il conto, e si riconosce debitore, non può avere alcun pretesto per ritardare il pagamento della somma residuale.

» Il preambolo del conto non deve contenere più di sei ruoli: l'eccedente non entra in tassa. Codice di procedura, art. 531 (614).

» Il conto deve essere necessariamente composto di due capitoli: il primo, degli introiti effettivi, e deve comprendere articolo per articolo, e data per data ciò che il tutore ha effettivamente ricevuto, il secondo, degli esiti, e deve essere egualmente disposto articolo per articolo, e data per data.

» Questi due capitoli debbono essere terminati con una ricapitolazione, e con un bilancio dell'esito e dell'introito. In ultimo va aggiunto un capitolo particolare, in cui si espone quanto resta a ricuperarsi. Cod. di proc., 533 (616) con la speciale indicazione egualmente, articolo per articolo, di ciò che non si è potuto riscuotere, e che si rassegna a colui che riceve il conto.

» Secondo l'ordinanza del 1667 il conto dovea essere composto di tre capitoli. Il primo dovea contenere non solamente l'introito effettivo articolo per articolo, ma anche quello che il tutore avrebbe dovuto ricevere, vale a dire, quanto restavà a ricuperarsi, di cui egli si dava carico fittiziamente.

» Il secondo capitolo conteneva l'esito; e il terzo il prelevamento, che consisteva nelle somme non ricuperate, e dal tutore si chiamava prelevamento, perchè egli lo prelevava dal capitolo dell'introito, per darsene carico, e restituirlo a colui che riceveva il conto.

» In seguito si faccia il bilancio della somma cui ammontava l'introito, con quella alla

quale ammontava l'esito, e 'l prelevamento riuniti; e se l'introito eccedeva, colui che ricevea il conto, potea farsi rilasciare un mandato esecutivo per l'eccedente.

» La ragione di questo metodo che la commissione avea proposto di seguirsi nel progetto del codice, era in ciò, che se vi fosse stato o colpa o negligenza del tutore nella riscossione de' crediti, l'articolo era cancellato dal capitolo del prelevamento; e con questo mezzo il carico che il tutore si avea dato nel primo capitolo, diveniva reale ed effettivo.

» Finalmente il capitolo del prelevamento facea conoscere a colpo d'occhio, se vi era stata negligenza dalla parte del tutore, e presentava a un tempo uno stato delle riscossioni a farsi, e serviva di memoria alla parte cui si rendea il conto.

» Il metodo adottato dal codice di procedura si riduce allo stesso. Si è creduto che esso avesse il vantaggio di far conoscere più prontamente l'eccedente dell'introito effettivo sull'esito. Il capitolo particolare di quanto resta a ricuperarsi che colui il quale rende il conto deve aggiungere, o che in mancanza può essere aggiunto dall'incaricato dell'esame del conto, tien luogo del capitolo del prelevamento. E fa conoscere egualmente e le negligenze del tutore e le riscossioni che rimangono a farsi; di tal che se il tutore è trovato colpevole in un articolo di questo capitolo, il medesimo si aggiunge all'introito.

» Il metodo più chiaro da seguirsi in ciascun capitolo dell'introito e dell'esito, è di dichiarare gli oggetti in dettaglio, articolo per articolo, e secondo l'ordine cronologico di ciascun introito e di ciascun esito, indicando sopra ogni articolo i documenti che l'appoggiano. Gli articoli dell'esito debbono essere giustificati, per quanto è possibile da' documenti contrassegnati coi numeri, o con lettere.

» Nondimeno vi è sempre qualche picciola spesa che non si può comprovare con documenti, e che si ammette sull'asserzione di chi rende il conto. È per questa ragione che è stata introdotta la formalità di giurare il conto, richiesta dal codice di procedura art. 534 (617); ed è per questa medesima ragione che il consiglio di stato rigettò la proposizione inserita nel progetto del codice di non ammettere in favor del tutore che le spese giustificate con documenti. Il codice quindi, 471 (394) si limita a dire che si ammetteranno tutte le spese bastantemente giustificate, senza determinare il genere di prove.

» Esso aggiunge, che il loro oggetto debba essere vantaggioso; su di che fa d'uopo osservare che è al momento in cui la spesa è stata fatta, che bisogna giudicare dell'utilità e non già dagli eventi. Se una casa riparata dal tutore fosse distrutta dal fuoco o demolita da un turbine, le spese della riparazione debbono essere nondimeno ammesse, sebbene divenute inutili pel minore.

» L'ordine cronologico in cui si segna esattamente quello delle date, è specialmente necessario per distinguere le somme che debbono produrre interessi, e da qual giorno debbono decorrere. Si fa anno per anno il calcolo dell'esito e dell'introito, affinchè l'eccedente produca interessi nell'anno susseguente; e siccome gl'interessi dell'anno precedente entrano sempre nell'eccedente dell'introito sopra l'esito, ne deriva che il tutore paga gl'interessi degl'interessi, se ha trascurato d'impiegare il denaro del pupillo, il che è una conseguenza necessaria degli articoli 455 e 456 (378 e 379).

» Si può egualmente, se l'amministrazione è molto estesa, ed abbraccia gran varietà di oggetti, distinguere in capitoli o paragrafi i differenti generi d'introito e di esito. Questo metodo ha il vantaggio di riunire sotto un solo punto di vista tutto ciò che è relativo al corso di un medesimo affare.

» In generale quattro possono essere gli oggetti d'introito 1.° La somma risultante dall'inventario che è la base del conto, e che comprende il danaro contante, il prezzo della vendita de' mobili, o il loro giusto valore, se non sono stati venduti. Il confronto del quaderno della vendita con l'inventario serve a discernere quelli che non sono stati venduti. 2.° Le rendite ordinarie del minore, vale a dire le pigioni ed i fitti, gli arretrati delle rendite, e gl'interessi de' capitali impiegati, e di quelli ancora che non lo sono stati in tempo utile. 3.° I crediti del minore

che il tutore ha riscossi, o ha dovuto riscuotere, e il rimborso delle rendite se ha avuto luogo. 4.° I danni ed interessi, ai quali il tutore è tenuto, sia per aver lasciato deteriorare gli stabili, sia per altri falli di cui è risponsabile.

» Si possono egualmente distinguere più specie di esito.

» 1.° Nel caso della tutela naturale, le precapienze e i dritti matrimoniali del padre, o della madre, che devono essere stati regolati in contraddizione del tutore surrogato, e in difetto debbono essere regolati col minore divenuto maggiore. 2.° Le spese de' sigilli, e dell' inventario, e le spese comuni di cui abbiamo parlato. 3.° Le spese annuali per la manutenzione, e conservazione de' beni, le riparazioni, e contribuzioni, gli arretrati delle rendite passive, e gl' interessi de' capitali dovuti dal minore. 4.° I capitali de' debiti passivi, e le spese impreviste cagionate da accidenti, o da forza maggiore. 5.° Finalmente il nutrimento, la pensione, ed il trattamento dovuto al minore.

» Purchè non abbia il tutore omesso nel suo conto i due capitoli dell' introito e dell' esito, e la ricapitolazione del bilancio di questi due capitoli, come è richiesto dall' art. 535 (616) del codice di procedura, il di più delle forme è in di lui arbitrio: il conto è opera sua; nè egli può essere obbligato di compilarlo a piacere del suo pupillo. Ciò non di meno il disordine e la confusione che regnano in un conto, elevano sempre contro colui che lo rende, una prevenzione svantaggiosa, poichè non si possono attribuire che alla incapacità ed alla mala fede.

» Le quietanze de' fornitori, operaj, e di coloro che tengono persone in pensione, e simili, prodotte come documenti giustificativi del conto, sono dispensate dal registro. Codice di procedura, art. 537 (T).

» La persona cui si rende il conto, può richiedere che tutti i documenti senza eccezione alcuna sieno comunicati al suo patrocinatore, mediante ricevuta, codice di procedura art. 436 (619); e quelli ancora che sono di tal natura da non potersi più ricuperare, quando una volta fossero perduti, non avendo la legge fatta su questo punto veruna distinzione.

» Nel caso però in cui questi documenti fossero perduti, esso ne resterebbe risponsabile, e sarebbe tenuto di ammettere per buoni gli articoli del conto che vi hanno rapporto; non potendo imputare che a se stesso lo smarrimento de' documenti allegati da chi rende il conto.

» L' ordine della procedura a seguirsi nel giudizio del conto è indicato dal codice di procedura, che offre alle parti un mezzo di abbreviare le forme, d' intendersela insieme, e di accordarsi sui punti contenziosi; ordinando ad esse di presentarsi innanzi al giudice commissario nel giorno, ed ora da lui indicata per esser intesi in contraddizione. Codice di procedura art. 538 (621).

» Indi il commessario, intese le parti stende un processo verbale del consenso prestato dalla parte che riceve il conto, sopra tutti gli articoli che sono ammessi, o approvati, delle contestazioni sopra quelli che ricusa di ammettere, delle difese di chi rende il conto, vale a dire delle ragioni che egli ha per sostenere gli articoli, ed in fine delle risposte in contrario fatte alle difese da colui che riceve il contro, il quale deve sempre parlare o scrivere l' ultimo; perchè colui che rende il conto è considerato di essere l' attore.

» Se le parti non si accordano fra loro, il giudice commissario deve dichiarare che egli ne farà relazione all' udienza nel giorno da lui destinato; ed in tal caso le parti saran tenute di essservi presenti, senza altra citazione. Codice di procedura, 339 (622).

» L' ordinanza del 1667 (tit. 29, art. 14 e 15) vietava ai giudici commissarj di fare alcun processo verbale di esame di conto, ed alle parti di riunirsi nella casa del giudice commessario, per apporre in forma di postilla al margine di ciascun articolo il consenso, le contestazioni, e le ragioni in difesa, e le risposte in contrario delle parti. Questo divieto nasceva senza dubbio da che i commissarj possedendo in proprietà la carica, esigevano per detti processi verbali delle vacazioni, che riuscivano onerose ai minori.

» Nondimeno siccome l'ordinanza avea dichiarato di non voler derogare all' uso osser-

vato dai commissarj del tribunale del Castelletto di Parigi, si era continuato a redigere i processi verbali, e a trascriverví in forma di postille i consensi, e le contestazioni, e le ragioni vicendevoli.

» Questa costumanza è stata adottata da tutti i tribunali, nè può aprire il varco ad abusi, or che i commissarj sono giudici stipendiati dallo Stato, e non percepiscono affatto vacazioni.

» Il risultato del conto rimane fissato sia dalla sentenza che deve comprendere il calcolo dell'introito ed esito, e la somma precisa del residuo, se ve n'è (codice di procedura 540 (623), sia da una convenzione, o da una transazione, che non può esser valida, se non quando è stata stipulata nella forma prescritta dall'articolo 467 (390) di sopra indicata, se il pupillo è ancora minore. Che se è maggiore, può essere stipulata in qual si sia forma, purchè non sia stata preceduta da un conto circostanziato, e dalla consegna de' documenti giustificativi; il che deve esser comprovato da ricevuta dell'incaricato dell'esame del conto, dieci giorni almeno prima della convenzione, art. 472 (395).

» Nell'antica giurisprudenza fondata sull'editto delle tutele, il tutore non potea consegnare al minore emancipato il residuo del suo conto. Egli era obbligato d'impiegarlo sotto pena di divenire risponsabile dell'amministrazione de' beni del minore dopo la di lui emancipazione, e di tutte le spese, danni ed interessi.

» Secondo l'articolo 482 (406) del codice civile, il curatore è incaricato d'invigilare per l'impiego de' capitali mobiliari, che il minore emancipato non può ricevere senza la di lui assistenza; ma la risponsabilità rigorosa stabilita contro i tutori dall'antica legge, non è stata pronunciata contro i curatori. *Toullier. Cor. di dritto civ. t. 2. n.* 1251. *a* 1271.

» §. 71. Qualunque convenzione che potesse seguire fra il tutore ed il minore divenuto maggiore, sarà nulla, se non sarà stata preceduta da un circostanziato rendimento de' conti, e dalla consegna de' documenti giustificativi, e tutto comprovato da una ricevuta dell'incaricato dell'esame del conto, dieci giorni almeno prima della convenzione. *Art.* 395. *Leg. civ.*

Non si ammette affatto, dice Delvincourt, che il tutore il quale dee avere conoscenza perfetta degli affari della tutela, possa indurre in errore il pupillo: questi sino a che non abbia ricevuto alcun conto finale si reputa ignorare la sua vera situazione. Si decise in Parigi il 14 agosto 1812 che la disposizione di questo articolo doveva essere applicata quando anche la convenzione avesse avuto luogo nel contratto di matrimonio del minore. *Quid* se per mezzo del contratto di matrimonio siasi fatta al minore una donazione col peso di non dover domandare alcun conto? Io credo, che si dovrebbe sempre applicare l'articolo 472 (395) ma con questa modificazione, che il minore non potrà domandar conto se non offrendo di rinunciare alla donazione. Questa è ancora l'opinione di Boucheul delle convenzioni di succedere cap. 5. n. 35. *Delvincourt, Corso di cod. civ. nota* 195. *al tit.* 10. *tomo* 3.

Vedi. *Emancipazione* §. 7. Decisione della corte imperiale di Parigi.

» §. 72. Se il conto da' luogo a contese, » saranno queste promosse e giudicate come le » altre in materia civile. *Art.* 396. *Leg. civ.*

Le contese possono sorgere tra il tutore, ed il tutore surrogato, oppure tra questi e 'l pupillo; il procedimento allora viene regolato dalle disposizioni riportate nel §. 74.

» §. 73. La somma a cui ammonterà il » residuo del debito del tutore, produrrà in» teresse dal giorno della ultimazione del con» to, senza che occorra di farne la domanda.

» Gl'interessi della somma che dal minore » fosse dovuta al tutore non decorreranno » se non dal giorno della domanda giudiziale » per lo pagamento fatta dopo l'ultimazione » del conto. *Art.* 397. *Leg. civ.*

Le disposizioni di questo articolo dan motivo a più dubbj, che vengono risoluti colle leggi romane.

1.° Il tutore è tenuto agl'interessi anche di ciò che si dee dal contutore? L'imperatore Alessandro decide per l'affermativa.

» Ejus quod ex causa tutelae debetur, usuras praestari oportere dubium non est, quamvis aliis pro participe muneris (*qui cum suspectus removeri debuit remotus non est*) necessitas solutionis (*sortis et usurarum*) irrogetur; quia non (*id scilicet ut usurae prae-*

stentur pro alio) id alias contingit, quem si cessatio contutoris in suspecto faciendo imputari possit (*hoc potest admitti divisa tutela a testatore vel judice, ut supra de divid. tut. L. 2. Si autem non erat divisa et omnes gesserunt, ut hic erat, omnes tenentur in solidum, etiam si non debuit vel potuit removere ut suspectum*) *L. 2. Cod. de usuris pupillaribus.*

Casus. Si plures sint tutores, et unus vel ex persona sua, quia gessit, et male, vel omisit eum gerere debuit, vel ex alterius persona, qui solvendo non est, conveniatur, et non solvat, an teneatur ad usuras, quaeritur? Dicitur quod sic, licet videatur, quod ex persona alterius usuras solvere non debeat; quia evenit, ut ab alio usurae praestentur, si contutorem suum suspectum non fecerit, cum facere potuit *Vivianus.*

Brunnemanno osserva su questa legge che il tutore è tenuto pel contutore nel caso della di costui colpa, quando non lo avesse dato per questa ragione a sospetto; e che viene obbligato a questi interessi in ragione del lucro cessante, e danno emergente.

» Et quidem tutor non tantum pro sua culpa, sed etiam contutoris tenetur, si is non solvendo, quia imputari ei potest, quod suspectum tutorem non accusaverit, ubi tamen regulares usuras deberi rationis est. Imo tutorem hodie non obligare ad usuras, sed ad intesse lucri cessantis, et damni emergentis, volunt canonistae, et Covarruvias *lib. 3. Resol. c. 2. n. 1.* ubi dicit; tutorem posse dare pecuniam pupillarem mercatori ad partem lucri honestam recipiendam pro more regionis. Sed et dici potest, etiamsi usurae essent prohibitae, in poenam tamen tutorem dolose versantium potuisse legem ad usuras condemnare, ut ita sit poena legalis. *Brunnemanni Comment. in Cod. lib. 5. tit. 56. De usuris pupillarib. ad L. 2.*

2.° Se al tutore non può imputarglisi la colpa di tener inutile il denaro del pupillo non è soggetto a pagarne l'interesse. Massima dettata dal rescritto dell'imperatore Alessandro.

» Si pecuninam pupillarem neque idoneis hominibus credere, neque inemptionem possessionum convertere potuisti, non ignorabit judex usuras ejus a te exigi non oportere. *L. 3. Cod. de usuris pupillarib.*

Casus. Si tutor pecuniam pupilli foenerare, vel in emptionem praediorum idonee collocare non potuit, an ad usuras pecuniae si eam deposuit teneatur quaeritur? Dicitur quod non *Vivianus.*

3.° Se il tutore converte in proprio uso il denaro del pupillo è tenuto a pagarne l'interesse.

» Tutorem vel curatorem pecuniae quam in usus suos convertit, legitimas usuras praestare debere olim placuit. *L. 1. Cod. de usuris pupillarib.*

Casus. An tutor vel curator qui pecuniam pupilli, vel adulti in usus suos convertat, ad legitimas teneatur usuras quaeritur? Dicitur quod sic. *Vivianus.*

In riguardo al tempo in cui incominciano a decorrere gl'interessi a danno del tutore, Papiniano distingue il giudizio in cui la condanna di questi interessi viene pronunciata dalla restituzione del denaro pupillare che si dee.

» Circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est. Nemo enim ambigit hodie, sive judex accipiatur in diem (*nota quod in die qua fertur sententia praestatur usura pecuniae debitae ex administratione, hoc est quae currit usque tunc, non postea intra tempora quatuor mensium, ut Cod. de usuris rei jud. L. fin.*) sententiae, sive sine judice tutela restituatur in eum diem quo restituit (*pecuniam ex administratione debitam*) usuras praestari. Plane si tutelae (*idest circa ea quae debeatur ex administratione tutelae*) judicio nolentem experiri tutor ultra convenerit, et pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras. *L. 1. §. ult. D. de usuris.*

Cujacio osserva più precisamente le circostanze diverse, che possono concorrere su la specie, onde il tutore possa esser sciolto dall'obbligazione di soddisfare gl'interessi del denaro che dee al pupillo.

» Et veniunt (*usurae*) usque in diem sententiae, sive condemnationis, vel si tutela sit reddita sine judice, in diem redditae tutelae. Et ex die veniunt, qua tutor ex administra-

tione coepit esse debitor ipso jure, sine mora, quae fiat in persona, sive interpellatione, quia favore pupillorum ex constitutione Severi mora ejus fit in rem, sive ipso jure *L. cum vero §. apparet. D. de fidei commiss. lib.* quae constitutio Severi significatur articulo hodie in *L. 1. de usuris.* Ad haec notanda sunt in arbitrium tamen tutelae non venire otiosae pecuniae pupillares usuras idest, quam tutor non habuit, cui foeneraret, vel ex qua non habuit praedia idonea, quae compararet, tunc enim ea pecunia vacat pupillo, et sterilescit *L. 3. h. t. L. cum plures §. ult. D. de administ. tutor.* Postremo notandum est, impediri cursum usurarum pupillarium, quas tutor debuit, si per eum non steterit, quo minus tutelam restituerit *L. 4. h. t.* Nam ut non impeditur pretio sortis, quod debitor usuras solvere paratus sit, nisi aliud convenerit, puta, ut donec usurae solverentur, sors non exigeretur *L. 4. §. ult. D. de pactis.* Ita quoque non impeditur liberatio usurarum, quod creditor non agat, quod pupillus tutelae non agat: si modo tutor ei saepius denuotiaverit, et postremo apud acta jus dicentis protestatus sit, se paratum esse parem rationem cum pupillo facere, quae est sententia *L. 4. h. t.* valde notanda, quia non desiderat oblationem pecuniae, oblationem reliquorum et obsignationem. Unde notandi sunt duo modi, quibus inhiberi potest cursus usurarum pupillarium. Unus est in *L. 1. D. de usuris, L. tutor pro pupillo §. 1. D. de administr. tut.* Alter modus hic est qui proponitur in *d. L. 4* si frequenter denuntiat pupillo tutor, ut accipiat rationes tutelae, et tandem apud acta contestetur, se paratum esse restituere tutelam. Hoc sufficit ad inhibendum cursum usurarum, etiamsi pecuniae obsignatio, vel depositio non intervenerit. Denique oblatio illa iterata saepius, et ad extraneum prodita actis atque insinuata absolvit usuris pupillaribus. *Cujacii Comment. in tit. 56. lib. 5. Codicis de usuris pupillaribus.*

» Se il conto è reso in contradizione del minore, dice Toullier, il residuo del debito del tutore produce interesse dal giorno della chiusura del conto senza che occorra di farne la domanda, 474 (397); e dopo questa epoca gl' interessi degl' interessi cessano di decorrere contro del tutore, che non è più obbligato d' impiegarli. La sola somma residuale produce interessi fino al giorno del pagamento.

» Ma se in luogo di presentarsi per dimandare o ricevere il suo conto, il minore emancipato, o divenuto maggiore, citato per riceverlo, fosse contumace, il tutore che si trovasse debitore di una somma residuale in esito del conto che sarà reso in contumacia, conserverà tal somma, come depositario, senza interesse, e senza essere obbligato di dar cauzione; comechè in simil caso le altre persone che debbono rendere conto sieno tenuti a dar cauzione, o a depositare le somme per liberarsi dal pagamento degl' interessi: codice di procedura, art. 542 (625)

» La ragione della differenza deriva da ciò, che non è in virtù di un nuovo impiego che il denaro resta nelle sue mani, ma in virtù dell' antico mandato, e della sua qualità di tutore. La scelta de' parenti, o la legge che gli deferì la tutela, fanno presumere la di lui lealtà ed esattezza. *Toullier. Corso di dritto civ. T. 2. n. 1273.*

» §. 74. Qualunque azione del minore con-
» tro il tutore relativo alla tutela, si prescri-
» ve in dieci anni computabili dal tempo della
» maggior' età. *Art. 398. Leg. civ.*

» Grande ma giusta innovazione fatta nell' antica giurisprudenza, osserva Maleville, secondo la quale l' azione di resa di conto, e di annullazione del medesimo non veniva a prescriversi, che tutto al più dopo i trent' anni ch' aveva avuto fine l' amministrazione; essendovi ancora alcuni autori, che sostenevano che quest' azione doveva essere imprescrittibile. In verità la condizione de' tutori è abbastanza miserabile senza che si voglia gravarla di più, esponendoli alla tema di continuo infestarli.

» Io suppongo che il trattato *in folle* o fatto senza osservare le formalità prescritte dall' articolo 472 (395) sia stato collaudato alcuni anni dopo che il minore avrà il privilegio di reclamare contro questo trattato, dieci anni dopo la data del medesimo, o dieci anni dopo la sua effettiva maggiorità? Io tengo che li dieci anni incominciano a percorrere dal punto della maggiorità, attesocchè l' articolo è preciso e non accorda che dieci anni soli al

minore dopo la sua maggioretà per citare il tutore. Questo intervallo di tempo non deve dunque in alcun modo allungarsi, abbia o no collaudato il minore un trattato. So bene che si adopera in contrario modo in varie materie, ma tanto peggio. Nulladimeno con molta riserva io espongo qui l' opinion mia, e per così dire *ad referendum*.

» Dopo questa sezione e prima del cap. 3.° che le tiene dietro, si aveva proposta un' altra sezione intitolata. *Delle garantie relative alla tutela*. Disponeva essa che i parenti, che nominavano il tutore, fossero risponsabili della sua insolvibilità, quando di questa insolvibilità si avevano già pruove evidenti all' atto della nomina. Che il surrogato tutore fosse solo garante, quando della insolvibilità fosse venuto un posteriore sospetto, e quando egli avesse lasciato di denunciarla a tempo debito alla famiglia. Ché il surrogato tutore fosse eziandio garante, quando il tutore nominato dai genitori del pupillo, o l' ascendente tutore fosse divenuto insolvibile, e il tutore surrogato non lo avesse partecipato alla famiglia. Finalmente che nel caso di questa denuncia i parenti fossero risponsabili di ogni sinistro, allorchè non avessero dato mano al cangiamento del tutore insolvibile.

» Tutte queste disposizioni erano conformi al dritto romano, come si può vedere al tit. *de satsd. tut. vel cur.* nelle istituta e ne' titoli de dig. e del cod. *de fidejus. et nom.* Non solo i pleggi che offrivano la lor garantia nel tutore, ma i parenti ed il giudice stesso nell' estremo caso si tenevano garanti dell' insolvibilità del tutore.

» Ma innanzi ad ogni altra cosa bassi a riflettere che in Francia non si costumava d' obbligare i tutori a dare cauzione; in secondo luogo, che ne' paesi di dritto scritto i nominatori non erano risponsabili, che del loro dolo, e che ne' paesi ov' era soltanto in vigor e la consuetudine, eccetto che nella Brettagna, non era nemmen nota quest' azione contro a quelli, che nominavano il tutore. Finalmente l' azione sussidiaria contro il giudice non era tutto nel più ammessa, se non quando avesse questi confermato un tutore notoriamente sospetto ed insolvibile.

» Tutte queste osservazioni furono fatte in mezzo alla discussione. Si aggiunse eziandio, che i parenti erano già abbastanza solleciti di non esporre alla dilapidazione que' beni, che per qualche caso poteano cader loro in retaggio; e che non conveniva rendere incerta la fortuna di molte famiglie per assicurare quella di un solo inviduo. La sezione proposta fu tolta dal codice.

» In seguela di ciò sembra, che si possa presumere non avere nessuna risponsabilità i parenti che nominano il tutore, nè il giudice di pace, salvo sempre il caso che commettessero un dolo, il che nè si ha a supporre nè può mai ammettere impunità.

» Ma procede del pari la cosa anche per rispetto al tutore surrogato? Di primo lancio si potrebbe crederlo, essendo stati soppressi anche quegli articoli, che concernevano la di lui risponsabilità. Ciò non ostante si deve affermare il contrario, imperciocchè la legge impone a costui de' doveri particolari, la cui inosservanza deve trarsi necessariamente dietro un qualche castigo. Di fatti il signor Barlier presentando questo titolo al corpo legislativo, disse espressamente. » E non vi sarebbe ancora luogo a ricorso contro il tutor surrogato, se talvolta avesse male esercitate le sue funzioni? » Or questa domanda concepita, come ella è nel testo, tiene luogo di affermativa. *Maleville. Osservazione all' art. 475.*

Inoltre osserva Delvincourt, che questa tale prescrizione è introdotta espressamente per questo genere di azione, essendo sembrato troppo duro il lasciare per trent' anni continui il tutore esposto alle azioni del minore o de' suoi aventi causa. D' altronde durante questo tempo gli elementi del conto possono necessariamente sfuggire, e perdersi la traccia d' infiniti fatti, la cognizione de' quali si rende necessaria alla intelligenza, ed all' appuramento del conto. Ma si applicherebbe mai tale prescrizione ad un azione che il minore potrebbe avere contro del suo tutore, non però in qualità di tutore; se per esempio quest' ultimo fosse debitore particolare del minore, per ragione di obbligazioni contratte verso il di lui autore? Io penso che vi sarebbe luogo a distinguere: se questo debito

fosse divenuto esigibile durante la tutela, siccome allora il tutore ha dovuto pagare a se stesso, cioè ha dovuto portare l'ammontare della sua obbligazione a credito del minore, costui non potrà agire di nuovo pel pagamento, se non provando la indicata operazione non aver avuto luogo; il che non potrebbe farsi se non coll'esame del conto che il minore non può più domandare. In questo caso l'azione risultante dal credito si troverebbe dunque inviluppata nella prescrizione introdotta dall'articolo 475 (398.) Ma se l'epoca della esigibilità del debito del tutore fosse posteriore al termine della tutela, siccome allora il tutore non ha dovuto pagare a se stesso, la ragione allegata qui sopra cessa di essere applicabile; e 'l credito rientra nel dritto comune sotto il rapporto della prescrizione.

» *Quid* se il tutore pretende che il bilancio del conto sia in suo favore, il minore potrà opporgli egualmente la prescrizione di dieci anni? Se dobbiamo riportarcene alla parola del medesimo articolo 475 è certo che non sembra doversi applicare al caso proposto. Io nulladimeno immagino che vi debba essere reciprocanza. Già vi è lo stesso motivo. Questa disposizione essendo fondata, come abbiamo già detto, sulla considerazione che l'intervallo di dieci anni fu giudicato sufficiente per far scomparire gli elementi del conto, dee applicarsi tanto più al tutore che agisce contra il minore. D'altronde può supporsi che se quest'ultimo non abbia agito contro al suo tutore ciò sia stato per una deferenza verso di lui. La supposizione stessa non può aver luogo dalla parte del tutore.

» *Quid* se il conto sia stato reso ed ultimato? Io penso che l'azione per pagamento di residuo debba durare trent'anni dal giorno della ultimazione; e ciò tanto in riguardo del tutore, quanto del minore: argomento tratto dall'articolo 2274 (2180). *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 194 *al tit.* 10. *della tutela T.* 3.

» L'azione pel rendimento di conti, dice finalmente Toullier, ogni azione relativa alla tutela si prescrive in dieci anni calcolabili dal giorno della maggiore età, 475 (398).

» Quest'azione durava altre volte trenta anni, ma il codice non ha voluto prolungare per un tempo così lungo la responsabilità de' tutori, la di cui condizione è molto onerosa. Esso assicura la loro tranquillità, e quella de' loro eredi; proscrivendo le indagini tardive del maggiore pervenuto all'età di anni trentuno compiti, senza aver dimandato il conto.

» Ciò nondimeno questa prescrizione di dieci anni non si applica che all'azione pel rendimento di conto, ed alle altre azioni relative ai fatti della tutela, come quelle che hanno per oggetto di rendere il tutore risponsabile della di lui amministrazione: se però queste azioni sono state esercitate, e il tutore si è dichiarato debitore di una somma, o è stato condannato a pagarla, il debito che ne risulta non si prescrive che coll'elasso di trent' anni. La richiesta di questo debito non è relativa ai fatti della tutela, che sono stati discussi, ma è un'azione che nasce dal risultato del conto.

» L'azione parimenti diretta alla rettificazione degli errori delle omissioni, o de' falsi o doppj impieghi che si trovassero nel conto, non si prescrive che coll'elasso di anni trenta.

» Riguardo all'azione per la nullità delle convenzioni seguite fra il tutore, ed il minore divenuto maggiore, senza essersi osservate le formalità prescritte dall'articolo 472 (395), vale a dire senza di essere state precedute da un circostanziato rendimento de' conti, e dalla consegna de' documenti giustificativi, almeno ne' dieci giorni prima etc. essa si prescrive col corso di dieci anni, in virtù dell'art. 1304 (1258), a decorrere dal giorno in cui è stata stipulata la convenzione, e non dal giorno della maggiore età del minore. La domanda finalmente di nullità di una simile convenzione non è un'azione relativa ai fatti della tutela, ma ad un fatto posteriore; per ciò che ella nasce dalla sorpresa fatta al minore divenuto maggiore. Non si può dunque ad esso applicare la disposizione dell'art. 475 (398), perchè ne risulterebbe che i dieci anni accordati per fare annullare una simile convenzione sarebbero decorsi prima ancora che ella esistesse; il che sarebbe assurdo a dire.

» Resta a vedersi, se l'azione del tutore contro del minore divenuto maggiore si prescrive in dieci anni egualmente, che l'azione del minore contro del tutore.

» Supponiamo che il minore abbia lasciato trascorrere dieci anni dopo la sua maggiore età senza domandare il suo conto, nella fine del quale ei temesse di restar debitore, il tutore può egli o no citarlo a vender presentare, giurare, e giudicare il suo conto, e ad essere condannato a pagare la somma residuale?

» La ragione di dubitare sta in ciò, che l'articolo 475 (398) non sottopone alla prescrizione di dieci anni che le azioni del minore divenuto maggiore, contro del suo tutore, e non quelle del tutore contro del minore. Ma è da osservare che le obbligazioni del tutore e del minore sono correlative, ed indivisibili, egualmente che le azioni che ne derivano. Se il minore ha contro del suo tutore l'azione diretta, *directa actio tutelae* per domandare il conto, il tutore ha l'azione contraria *actio tutelae contraria* per domandare il prelevamento delle sue anticipazioni. Non si può dunque credere che l'ultima azione sussista, mentre che l'altra è prescritta. Se l'articolo 475 (398) non parla che dell'azione diretta del minore, ciò è per la ragione che questo è il caso più ordinario; ed avviene di raro che il tutore resti creditore. *Toullier. Corso di dritto civile Tomo 2. n. 1275 a 1379.*

Del rendimento de' conti secondo le disposizioni dettate dalle leggi di procedura civile.

» *Art.* 610. Le persone tenute a render conto sopra oggetti di amministrazioni loro affidate per via giuridica, saranno citate davanti gli stessi giudici che le avranno prescelte; i tutori davanti al giudice del luogo in cui la tutela sarà stata esercitata; e tutti gli altri amministratori davanti i giudici del loro domicilio.

» *Art.* 611. Nel caso di appello da una sentenza la quale rigetti una domanda fatta per rendimento di conti, la decisione di appello che invalida la sentenza di prima istanza, rimanderà le parti tanto pel rendimento de'conti, quanto per lo giudizio relativo, al tribunale in cui la dimanda era stata proposta, o pure a qualunque altro tribunale civile indicato dalla stessa decisione.

» Se il conto è stato renduto e giudicato nella prima istanza, l'esecuzione della decisione di appello, quando annulla o riforma la sentenza precedente, apparterrà alla gran corte civile che l'avrà pronunziata, o ad altro tribunale da essa destinato nella stessa decisione.

» *Art.* 612. Le persone cui sarà renduto il conto, se avranno lo stesso interesse, nomineranno un solo patrocinatore; se poi discorderanno sulla scelta, il più anziano procederà a nome di tutti. Ciò non ostante, ciascuno degl'interessati potrà costituire un patrocinatore; ma le spese occasionate da questa particolar costituzione, e fatte tanto attivamente, che passivamente, saranno a tutto suo carico.

» *Art.* 613. Ogni sentenza condannatoria a rendimento di conti fisserà un termine nel quale i mentovati conti dovranno rendersi, e deputerà un giudice.

» *Art.* 614. Se il preambolo del conto, compresa la menzione dell'atto o della sentenza che destina la persona obbligata a renderlo, e della sentenza che l'ordina, fosse più lungo di sei fogli, l'eccedente non entrerà in tassa.

» *Art.* 615. Colui che rende il conto, non imputerà a spese comuni, che quelle de' viaggi, se pure occorrono; quelle delle vacazioni pagate al patrocinatore che avrà messo in ordine le scritture del conto, le copie di prima edizione e le altre; le spese di presentazione e di affermazione giurata del conto.

» *Art.* 616. Il conto comprenderà l'introito e l'esito, e terminerà con una ricapitolazione del bilancio di detto introito ed esito, colla soggiunta di un capitolo particolare in cui sarà esposto quanto resta a ricuperarsi.

» *Art.* 617. Chi rende il conto, o personalmente o per mezzo di special procuratore dovrà presentarlo e giurarne la verità nel termine fissato e precisamente nel giorno stabilito dal giudice commessario, in presenza di coloro cui dee rendersi, o almeno dopo essere stati essi chiamati personalmente o al loro domicilio, quando non avranno patrocinatore, o dopo la chiamata fatta al patrocinatore, ogni volta che lo avranno costituito.

» Spirato il termine prefisso, la parte ob-

bligata a render conto vi sarà astretta col pignoramento e colla vendita de' suoi beni fino alla concorrenza di una somma che il tribunale col suo prudente arbitrio determinerà: sarà permesso ancora di astringerla per via di arresto personale, se il tribunale lo giudica conveniente.

» *Art.* 618. Prodotto e giurato il conto, se l'introito eccede l'esito, la parte cui si rende potrà richiedere al giudice commessario un mandato esecutivo per la riscossione della somma residuale: nè questo atto potrà considerarsi come un'approvazione del conto.

» *Art.* 619. Dopo l'esibizione ed il giuramento dato sulla verità del conto, sarà questo notificato al patrocinatore della parte cui vien reduto; ed i documenti giustificativi saranno numerati foglio per foglio, e cifrati in ogni pagina dal patrocinatore della persona che rende il conto: e se i detti documenti fossero comunicati mediante ricevuta, se ne farà la debita restituzione fra 'l termine stabilito dal giudice commessario, sotto le pene comminate nell' articolo 202.

» *Art.* 620. Se coloro cui si rende il conto, avranno costituito differenti patrocinatori, la copia e la comunicazione predetta saranno date al solo patrocinatore più anziano, purchè tutti abbiano uno stesso interesse; ed a ciascuno de' patrocinatori, quando gl' interessi sieno diversi.

» Se in tal giudizio intervengano creditori, essi non avranno dritto, che ad una sola comunicazione tanto del conto, quanto de' documenti giustificativi: e questa sarà fatta dal più anziano de' patrocinatori costituiti.

» *Art.* 621. Nel giorno e nell' ora indicata dal giudice commessario le parti andranno in contraddittorio avanti di esso; e delle loro ragioni in difesa e risposte in contrario sarà fatto un processo verbale: se mai le parti non si presentassero, l'affare sarà portato all' udienza per mezzo di un semplice atto.

» *Art.* 622. Qualora le parti non si accordino fra loro, il giudice commessario dovrà dichiarare che egli medesimo ne farà relazione all' udienza nel giorno da lui destinato: ed in tal caso le parti saran tenute di esservi presenti, senza altra citazione.

» *Art.* 623. La sentenza profferita sullo stato de' conti comprenderà il calcolo dell' introito ed esito; e nel caso che vi sia residuo, lo fisserà con massima precisione.

» *Art.* 624. Non vi sarà luogo a revisione alcuna: tuttavia nel caso di errori, di omessione, di partite false, o duplicate, sarà permesso alle parti di promuovere nuove domande avanti gli stessi giudici.

» *Art.* 625. Se la persona cui dee rendersi il conto, non comparisce, il giudice commessario dovrà farne relazione nel giorno da lui designato. Saranno approvati nel conto tutti gli articoli giustificati. La parte che lo rende, qualora apparisca debitrice, potrà custodire il residuo senza interesse; e se non si tratti di un conto di tutela, presterà cauzione, quando non preferisca di mettere in deposito la somma residuale.

» VENDITA §. 1. La vendita è una con-
» venzione colla quale uno si obbliga a dare
» una cosa, e l'altro a pagarne il prezzo.
» Può farsi con atto autentico o con iscrit-
» tura privata. *Art.* 1427. *Leg. civ.*

Vinnio nel dare più precisamente la definizione della vendita ne spiega le parti rispettive.

» Emptio venditio est contractus, quo id agitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio, et venditio, quia duobus hisce factis, seu partibus constat, emptione, et venditione, quae juncta unum contractum constituunt. Factum ejus, a quo pecunia est, emptio dicitur, illa emptor; ejus a quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic has partes esse unius contractus, ut tamen partes sint inter se distinctae ac separatae, ut una non possit esse altera; aliudque semper sit emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor *L.* 1. *in fi. h. t. L.* 1. *pr. de rer. permut.* Nam quod dicitur in *L. veteres.* 19. *et seq. de act. empt.* veteres in emptione, et venditione, sicut in locatione, et conductione, his appellationibus promiscue usos esse, id non hoc significat usos esse una pro altera, ut male meo judicio D. Vultejus; sed usos una, puta vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis, ad utrumque

intelligendum, indicandumque totum contractum; scilicet quia unum sine altero nec esse, nec intelligi potest, ut est natura relatorum. Connan. 7. *comm.* 6. Donell. *ad rub. Cod. h. t. n.* 4. Non expressi in definitione quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutuae praestationis juris gentium, bonae fidei, nominatum, consensu constantem; quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, praeter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari: cetera vero insunt generi, nullus enim contractus est ex iis, qui consensu fiunt, qui non sit bonae fidei, juris gentium nominatus; nam conventio de pignore, pactum donationis constitutum huc non pertinent; quia non sunt contractus. De ceteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res, quae traditur, in hoc contractu dicitur merx; pecunia, quae pro re datur, pretium *d. L.* 1. §. 1. *sul fi. h. t.* Igitur circa haec duo consensus in emptione versatur circa pretium, et mercem; illud ut venditori detur, haec ut tradatur emptori; ex quibus substantia emptionis aestimanda et definienda fuit. *Vinni Instit. lib.* 3. *tit.* 24. *de emptione et venditione.*

» Cujacio, osserva Maleville, comentando il titolo relativo al codice dice *emptio est mutatio pretii cum merce.* La legge 1. nel D. *origo emendi et vendendi a permutationibus coepit.* Il primo atto di commercio fra gli uomini dovette certamente essere un cambio.

» Si potrebbe a prima giunta dall'espressioni del secondo paragrafo inferire che la vendita non si abbia a fare che in iscritto; ed in vero, abbiamo così pensato che dovesse accadere della vendita degl'immobili. Ma il signor Portalis nel discorso ch'egli tenne presentando questa legge al corpo legislativo, e'l signor Grenier nel riferirne le cose contenute al tribunato han detto positivamente il contrario, ed hanno confutato le ragioni di coloro, ch'erano di avviso doversi sempre far la vendita degl'immobili per iscritto. La scrittura non è dunque come lo era per lo passato, una cosa essenziale nella vendita. Questo contratto si prova colle regole ordinarie di modo che se il prezzo della vendita non eccede le 150 lire (duc. 50.), si possono ammettere i testimonj che ne faccian fede; se poi oltrepassa questa somma, vi si richiede uno scritto, o un principio di prova in iscritto in sostegno della prova testimoniale. Quanto io qui asserisco è trascritto parola per parola dagli arcennati discorsi.

» Dopo questa spiega pare che la seconda parte del nostro articolo fosse soverchia, poichè era sufficiente, il dire che la vendita si prova come gli altri contratti. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1582. *del cod. civ.*

Non si può simulare, dicono inoltre gli autori delle pandette francesi, che questa definizione non è completa. Essa non comprende tutto il definito; nè esclusivamente conviene al medesimo.

» Essa non comprende tutto il definito. Non vi si trovano i caratteri distintivi di questo contratto.

» Essa non conviene esclusivamente al medesimo. Si potrebbe definire nello stesso modo il contratto di affitto, nel quale una parte anche si obbliga di consegnare ad un'altra una cosa mediante un prezzo determinato. D'altronde il venditore non si obbliga solamente a consegnare una cosa ma ancora a fare in modo che il compratore possa conservarla a titolo di proprietario *prestare rem emptori pro domino habere licere.* Questo carattere essenziale al contratto di vendita dee necessariamente trovarsi nella definizione. Senza questo essa è inutile; ed ancora può essere pericolosa, perchè generalmente si giudica degli effetti del contratto dalla sua definizione specialmente quando è consacrata da un testo.

» Suppongasi, per esempio, una vendita fatta con eccezione di garantia. L'acquirente soffra una evizione: riclama la restituzione del prezzo che ha pagato. Il venditore partendo dalle definizioni del codice civile gli dice: » la vendita è un contratto col quale uno si obbliga a consegnare una cosa, e l'altra a pagarla; io vi ho consegnato, ad adempito interamente la mia obbligazione; dunque nulla vi debbo. »

» Il suo ragionamento è giusto e concludente. Ciò non ostante questo venditore ha torto. Perchè? La sua obbligazione non si limita a conservare, ma ancora a fare in modo che il compratore possa conservare a ti-

tolo di proprietario *rem habere liceat*. La eccezione di garantia non lo libera da questa obbligazione, ma solamente da quella d'indennizzare. Subito che non può adempirla, il contratto è senza causa, ed il prezzo debb' essere restituito come indebitamente pagato.

» Fa dunque mestieri di tornare necessariamente alla definizione degl' interpetri del dritto. (*Vedi la definizione data da Vinnio, e riportate nel principio*).

» Si osservi sul §. che un atto di scrittura privata non ha una data riguardo ai terzi. In conseguenza se dopo aver venduta una cosa con atto di scrittura privata, si vende in seguito ad un altro con un atto autentico, e che la scrittura privata non abbia anteriormente acquistata una data certa, sia col registro, sia altrimenti, costui non potrà ottenere alcun effetto incontro a questo secondo acquirente che avrà il dritto di farsi consegnare la cosa venduta, ed anche di ripeterla giudiziariamente dal primo compratore se mai ne fosse in possesso. Costui avrà solamente l'azione di garantia contra il venditore, il quale potrà essere ancora soggetto alle pene dello stellionato.

» L'atto privato non attribuisce alcun privilegio nè ipoteca. È dunque sempre interessantissimo di stendere la vendita con atto pubblico ed autentico, specialmente quando si tratta di stabili. Riguardo ai mobili, quando vi è tradizione, neppure è necessario di stendere atto di vendita. È però altrimenti quando non vi è attual consegna, perchè non si può ammettere la pruova per testimonj, se non quando il prezzo fosse tenuissimo, ed al di sotto di 150 fr.

» La corte suprema di Lione ha detto nelle sue osservazioni sul primo progetto, che la vendita degli stabili, e quella de' mobili non hanno di comune che i principj generali *res*, *pretium*, *consensus*; ma che nell'applicazione quasi tutto differisce. Gli autori avendoli confusi, ne sono risultate non poche inversioni di principj, e non pochi imbarazzi per coloro che contrattano; e che se il codice civile non fa meglio, si perpetueranno i medesimi inconvenienti.

» Rincresce moltissimo che questa corte non abbia notate le differenze ch' essa suppone tra la vendita dei stabili, e quella de' mobili; e non abbia indicati gl'inconvenienti che teme dalla confusione di tali vendite. Noi confessiamo di non vedere queste dissomiglianze, nè questi principj.

» La vendita è una specie di contratto semplice, ed unico. Il suo oggetto qualunque sia, mobile, o stabile, non arreca differenza alcuna nè nella sua natura, nè nelle sue regole. Esso in tutti i casi vien regolato dai medesimi principj; e sicuramente non si può commettere alcun errore, applicandoli tanto alla vendita de' mobili, come a quella dei stabili. L'una e l'altra si effettuano col solo consenso; ed è di essenza dell' una, e dell'altra che vi sieno una cosa, ed un prezzo. Fa d'uopo per l'una e per l'altra che questo prezzo sia vero e certo; altrimenti non vi è vendita, o vi è una donazione palliata. L'una e l'altra danno luogo alla obbligazione di garantia, ed all' azione della compra pel caso di evizione.

» I principj e le regole sono dunque assolutamente i medesimi per l'una, e per l'altra vendita. Se qualche volta nella prattica è difficile di applicarli alle vendite de' mobili, non è che questi principj sieno differenti, ma è perchè le parti non han preso le precauzioni necessarie per comprovare la esistenza del loro contratto. In questo non vi è alcuno inconveniente. Le leggi antiche, e nuove le avvertono di ciò che debbon fare. Esse debbono a se stesse imputare la loro negligenza. *Osservaz. all'art.* 1582 *del cod. civ.*

Nella suprema corte di giustizia cadde ad esame il caso, se effettuata con atto autentico la vendita di un fondo, possa questo contratto esser nullo in virtù di altra vendita precedente, che lo stesso padrone del fondo medesimo ha fatto ad altri con privata scrittura, ma registrata in data posteriore al detto atto autentico. La negativa fu decisa a 30 genuaro 1823.

» *Fatto*. Con istromento de' 5 maggio 1818 D. Francesco Ferraro vendè a suo fratello D. Saverio Ferraro per ducati 340 il fondo detto *Ablaci*, che con contratto verbale dell' anno 1817 avea precedentemente venduto a D. Domenico Antonio Piscionieri per ducati 321.

» In virtù del suddetto istrumento il si-

gnor Ferraro nel dì 26 febbrajo 1819 citò il signor Piscionieri avanti al tribunale civile di Reggio, acciò gli avesse rilasciato il fondo *Ablaci*. Il tribunale con sentenza de' 26 agosto di detto anno fece diritto a tal domanda. Il signor Piscionieri ne appellò. Esibì all'oggetto varj ricevi, e lettere del signor Ferraro, onde dimostrare il contratto verbale da lui fatto, ed il possesso in cui trovasi del fondo controverso.

» La gran corte civile di Catanzaro con decisione de' 13 aprile 1820 annullò l'appello del signor Piscionieri ed ordinò di eseguirsi la sentenza de' primi giudici.

» Contra questa decisione il signor Piscionieri produsse ricorso per annullamento. Egli dedusse 1. che la gran corte ha falsamente applicato l'art. 1582 dell'abolito cod. civ. per avere stabilito il principio, che la vendita può farsi soltanto con atto autentico, o con scrittura privata, e che si era violato l'art. 1328 del detto codice; poichè nel caso in quistione esisteva anche una scrittura: 2. che si è violato l'art. 1317 del detto codice, poichè l'atto autentico essendo quello, ch'è stato ricevuto dal pubblico uffiziale, nel caso vi era un' atto di usciere de' 7 ottobre 1817, che attestava il contratto anzidetto: 3. e 4. che si sono violati gli articoli 1319 1320 e 1355 dello stesso codice, dacchè l'atto anzidetto di ottobre equivale ad una confessione giudiziale, la quale fa pruova contro colui, che l'ha fatta: 5. che si è violato l'art. 1322 dello stesso codice, il quale attribuisce alla carta privata la stessa fede dell'atto autentico, quando è riconosciuta, o legalmente considerata come riconosciuta fra quelli, che l'hanno sottoscritta: 6. che alla peggior lettura dovendosi considerare l'atto del 1817 come un'elemento di pruova per iscritto, doveva in conseguenza ammettersi la pruova testimoniale, giusta l'art. 1347 dello stesso codice: 7. che si è finalmente violato l'art. 233 delle leggi di procedura civile per non aver la gran corte motivati i cardini, da quali emanava la parte dispositiva della decisione impugnata.

» Udito il rapporto ec. ec. ed inteso il pubblico ministero che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: Visto il ricorso:

» Attesocchè nella specie non era quistione a vedere, se nei contratti di compra vendita fosse richiesta, o pur no di essenza la scrittura, sia pubblica sia privata; la gran corte di Catanzaro malamente elevò la disputa, e malamente ancora la definì. Egli è principio riconosciuto in giurisprudenza, e lo era anche al tempo del contratto in contesa, che ogni compra vendita diviene già perfetta tra le parti al momento, che siasi convenuto della cosa, e del prezzo: articolo 1853 dall' abolito codice civile. È vero, che la legge ammette la scrittura o pubblica, o privata, col mezzo della quale dice, che la compra vendita può esser fatta, ma questo è facoltativo per le parti contraenti, e non è obbligativo; cosicchè dee intendersi quando le parti vogliono ridurre il contratto in una scrittura per dargliene prova, allora può essere adoperata la scrittura sia pubblica, sia privata. Non ha detto però la legge, che senza scrittura si può comprare, e vendere, ed il contratto sta; se non che quando venisse poi contraddetto, ed eccedesse il valore definito dalla legge, non potrebbe esser posto a prova se non vi concorresse altronde un principio di prova scritta.

» Attesocchè egli è ben chiaro, che non fu un contratto verbale quello, che passò tra il sacerdote D. Francesco Ferraro e D. Domenicantonio Piscionieri in agosto 1817; ma fu un contratto di compra vendita fatta col mezzo di scrittura privata, come si dimostra dai ricevi scritti del Ferraro da agosto a dicembre 1817 e specialmente dal primo di essi, nel quale furono dichiarate, ed espresse tutte le cose necessarie, ed essenziali a stabilire il contratto di compra vendita.

» Attesocchè l'unica disputa a farsi è quella, agitata già, e trattata dal tribunale civile di Reggio in prima istanza, se cioè il contratto di vendita del fondo *Ablaci* fatta da D. Francesco Ferraro in favore di suo fratello Saverio nel dì 25 maggio 1818 col mezzo di atto autentico possa dirsi nullo, stante la vendita precedente, che dell' istes-

so fondo erasi fatta fio da agosto 1817 a prò di Piscionieri col mezzo di scrittura privata, registrata però in data posteriore all'atto autentico.

» Attesocchè a'termini dell'art. 1328 del. l'abolito codice civile imperante al tempo del contratto, la scrittura privata non acquista data certa in faccia al terzo, se non dal giorno del registro.

» Attesocchè due compratori di tempo diverso di un fondo stesso, aventi causa da uo sol venditore allorchè vogliono sostenersi a vicenda, attaccando rispettivamente la validità del contrattto, che dà ragione ad ognuno, sono senza dubbio da considerarsi come terzi fra di loro, perchè hanno interesse opposto, e tendono a distruggere vicendevolmente il titolo del contrario acquisto.

» Attesocchè quantunque nel citato art. 1328 si reputi di data certa la scrittura privata in faccia al terzo, anche quando la sostanza della medesima resti comprovata dagli atti stesi de' pubblici uffiziali, pure nella specie ciò non si rende applicabile. Vi fu, è vero, una citazione per atto di usciere in ottobre 1817 cioè nel tempo medio fra i due contratti, con la quale il venditore Ferraro, enunciando la prima vendita a Piscionieri, impose lo sfratto dal fondo venduto a Saverio Ferraro suo fratello allora colono, e poscia compratore del fondo stesso. Ma la menzione fatta della vendita in quell'atto di usciere non equivale a quella comprovazione, che nell'art. è richiesta portante la sostanza dell'atto contenuto nella scrittura privata. L'usciere non fece, che menzionare una vendita senza specificarne prezzo, senza indicarne tempo, e senza dar notizia a buon conto delle cose essenziali, che per legge presentano la sostanza del contratto di compra vendita.

» Attesocchè l'asserzione fatta in quel giudizio, per agevolare forse la espulsione del colono, fu smentita col fatto dal venditore medesimo o pure fu dichiarata da lui non perfetta ancora la prima vendita, poichè non avrebbe altrimenti venduto allo stesso colono, o non avrebbe costui sicuramente comprato.

» Oltrecchè dalla scienza, o dal dubbio, che il secondo compratore poteva avere del primo contratto non si può in verun modo dedurre il suo riconoscimento od approvazione; e perciò non gli è tolto il diritto di opporre, che non esisteva legalmente la compera anteriore, o non era ancora perfezionata.

» Attesocchè quando dall' asserzione fatta in quel giudizio, e dalla scienza che n'ebbe il secondo compratore, poteva trarsi un principio di pruova scritta per la verità, o perfezione della prima vendita, con tutto ciò non sarebbe lecito di annullar la decisione. L'art. 1301 delle leggi civili non contiene veruna norma per estimare i principj di pruova scritturale: ha creduto giusto il Legislatore di affidarne l'estimazione al prudente arbitrio de' giudici, quando non può dirsi violata la legge, se abbia il giudice mal appreso un argomento di pruova, e quindi non ordinato l'esame de' testimonj.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso: libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati 21 e grana 47; oltre il costo della spedizione. »»

» §. 2. È perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di dritto dal compratore » riguardo al venditore appena che si è convenuto della cosa e del prezzo *Art.* 1428. » *Leg. civ.*

Vinnio nel contratto di vendita distingue quando questa è perfetta da quando viene effettuata, vale a dire divide il consenso già dato su la cosa e sul prezzo della tradizione.

» Emptionem, et venditionem perficit solus consensus de re et pretio; consumat rei traditio et pretii numeratio; qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utrique obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat, venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori. *Vinnii Instit. Lib.* 3. *tit.* 24 *de emptione, et ven. Comment. n.* 1.

Duareno all'incontro chiama perfetta la vendita quando è perfezionata col mezzo della scrittura.

» Venditio dicitur perfici solo consensu, simulatque convenit inter emptorem, et ven-

ditorem ut res sit empta certo pretio; sed tamen plerumque scriptura necessaria est, et quamvis placuerit inter contrahentes ut res empta sit certo pretio, nondum tamen perfectus dicitur esse contractus, antequam in scriptis factus fuerit. Exempli gratia, volo a te fundum emere: sermo aliquis habetur inter nos de ea re: ais te velle accersere tabularium pubblicum qui instrumentum conficiat, et coram eo te declaraturum quibus conditionibus sis mihi fundum venditurus: advocatus est tabularius, coram eo convenit inter nos de certo pretio, de certis conditionibus, quibus vendendus esset fundus. Deinde poenituit alterum hujus consensus, antequam redactus esset in scripturam; quaeritur an possit recedi a contractu: quaestio hinc pendet, an contractus perfectus sit? Ait Iustinianus in hac specie perfectam non esse venditionem, atque ideo ab ea posse recedi. *Duareni in tit. de fide instrumentor. cap. 4. de effectu instr.*

Sul modo come il consenso delle parti contraenti debba intervenire nel contratto di vendita, Pothier riunisce le seguenti dottrine.

» Il consenso de' contraenti, ei dice, che è della essenza del contratto di vendita, consiste nel concorso della volontà del venditore di vendere una tal cosa al compratore per un tal prezzo, e di quella del compratore di acquistare da lui la detta cosa pel tale prezzo. In che modo questo consenso deve aver luogo, e sopra di che? noi andiamo ad esaminarlo.

§. I.

In quali maniere il consenso delle parti contraenti debba intervenire nel contratto di vendita.

» Nel contratto di vendita, egualmente che negli altri contratti, il consenso delle parti può seguire non solo tra i presenti, ma anche tra gli assenti, per lettere, o col mezzo di mediatore, *per epistolam aut per nuntium.*

» In questo caso, perchè intervenga il consenso fa mestieri che la volontà della parte che ha scritto all'altra per proporle la vendita, abbia perseverato fino al tempo in cui la sua lettera sarà pervenuta all'altra parte, ed a cui l'altra avrà dichiarato che essa l'accettava.

» Questa volontà si presume aver continuata finchè non apparisce nulla in contrario: ma se io ho scritto ad un mercante di Livorno una lettera con cui gli proponeva di vendermi una certa quantità di mercanzia per uno stabilito prezzo, e che prima che la mia lettera abbia potuto pervenirgli, io gliene abbia scritta una seconda con cui gli significava che io non voleva più siffatta compra, o pur se io sia morto, o abbia perduto l'uso della ragione; quantunque detto mercante di Livorno, nel ricever la mia lettera, ignorando il mio cambiamento di volontà, o la mia morte, o la mia demenza, abbia risposto che egli accettava la proposta vendita; ciò nondimeno, non sarà seguito fra noi alcun contratto di vendita. Conciossiachè la mia volontà non avendo perseverato fino al tempo in cui il ridetto mercante ha ricevuto la mia lettera, ed ha accettata la proposizione che essa conteneva, non si è quindi verificato il consenso o concorso delle nostre volontà necessario per formare il contratto. Questo è il sentimento di Bartolo e di altri dottori citati da Brunemanno, *ad L.* 1. *ff. de contr. empt.* che con ragione han rigettato l'avviso contrario della Glossa *ad dictam legem.*

» È però ad osservarsi che se la mia lettera ha cagionato qualche spesa al mentovato mercante per la esecuzione della vendita che gli ho proposta, o se gli ha occasionata qualche perdita, *puta*, se nel tempo intermedio tra la ricevuta della prima e quella della seconda lettera, il prezzo delle mercanzie è diminuito, e che la prima mia lettera gli abbia fatta perdere l'occasione di venderle prima del ribasso; in tutti i predetti casi io son tenuto ad indennizzarlo, quando non ami meglio consentire alla prima proposta da me fatta. Questa obbligazione nasce da questa regola di equità, che nessuno dee soffrire pel fatto di un altro: *Nemo ex alterius facto praegravari.* Io quindi debbo indennizzarlo della spesa e della perdita che gli ho recato colla proposizione che gli ho fatta, e che presentemente non voglio eseguire.

» Per la stessa ragione, se il mercante di

Livorno, dopo ricevuta la prima mia lettera, avesse fatto caricare e partire per mio conto le mercanzie ch'io gli domandava, prima di aver ricevuta la seconda mia lettera che conteneva la rivocazione della prima, o prima di aver saputo la mia demenza o la mia morte che impediva la conclusione del contratto, quantunque in tal caso non sia propriamente intervenuto verun contratto di vendita tra noi, pure egli avrà diritto di obbligare me o i miei eredi ad eseguire ciò che proposi colla mia lettera, non in virtù di alcun contratto di vendita, ma in virtù dell' obbligazione d'indennizzarlo ch'io ho contratta colla mia lettera; obbligazione che risulta da questa regola di equità: *Nemo ex alterius facto praegravari debet.*

» Il contratto di vendita può farsi, tra presenti, verbalmente e senza scrittura. È però necessario di bene esaminare se ciò che han detto le parti esprima una vendita, ovvero una semplice trattativa di vendita, la quale punto non obbliga, e lascia l'arbitrio di cangiare di volontà.

» I dottori hanno agitata questa questione; se avendovi io detto: *voglio vendervi la tal cosa per la somma di tanto*; al che voi avete risposto, *consento a darvi siffatto prezzo*, il contratto di vendita è perfetto. Cino sostiene che ciò è una semplice trattativa; perciocchè *voler vendere*, non è ancora vendere, come la volontà di montar su un albero, non è montarvi. Fabiano *del Monte* p. 54, sostiene al contrario con più ragione, che tal discorso esprime una vendita che ha tutta la sua perfezione: e risponde alla fatta difficoltà, esser vero che il voler fare una cosa, non è ancora farla, allorchè questa cosa consiste in un fatto esterno; quindi la volontà di montare su di un'albero, non è montarvi effettivamente: voler però fare una cosa che si eseguisce colla volontà che si ha di farla senza alcun'atto esterno, è lo stesso che farla; e perciò *voler vendere* è la stessa cosa che vendere, quando la volontà di quegli cui io voglio vendere concorre colla mia; e dire, io *voglio vendere*, è lo stesso come dire, io *vendo*.

» Lo stesso autore, *ibid.*, osserva che bisogna decidere altrimenti, se io mi fossi espresso col tempo imperfetto, e che al luogo di dire, *io voglio vendervi*, avessi detto, *io vorrei vendervi la tal cosa per la tal somma*; perciocchè, dice egli, *verbum imperfecti temporis rem adhuc imperfectam significat.* Perciò in siffatto caso, quantunque voi abbiate risposto che volete darmi detto prezzo, non vi ha ancora alcuna vendita, ed io posso cambiar volontà, purchè non vi abbia replicato, *è un affar fatto*, o altra cosa consimile.

§. II.

Su quali cose debba intervenire il consenso.

» Il consenso che forma il contratto di vendita, deve intervenire, 1.° sulla cosa che ne fa l'oggetto; 2.° sul prezzo; 3.° sulla vendita medesima.

» Primieramente, egli dee intervenire sulla cosa che fa l'oggetto del contratto.

» Non vi ha dunque verun contratto di vendita, se l'uno conta di vendere una cosa e l'altro acquistarne un'altra. *L.* 9. *ff. de contr. empt.* Similmente non ha luogo alcun contratto di vendita, se mi si vende un sacco di orzo che io prendo per grano o una tabacchiera di tombacco che io prendo per oro; poichè quantunque noi siamo di accordo rispetto al corpo che vien venduto, non conveniamo della materia che ne fa la sostanza, e per conseguenza non conveniamo propriamente della cosa venduta; ciò che fa dire ad Ulpiano: *Nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur*; *d. L.* §. 2.

» Quando l'errore non si riferisce che a qualche qualità accidentale della cosa; per es. se si vende un panno per buono, mentre è cattivo, un tale errore non impedisce che noi non siamo veramente convenuti della cosa venduta, e per conseguenza ha luogo il contratto di vendita. *L.* 10. *d. tit.* L'errore che non concerne che il nome della cosa, fa ancor meno ostacolo al consenso richiesto per la validità del contratto di vendita. *Nihil facit error nominis quum de corpore constat*; *d. L.* 9, §. 1.

» Il consenso dee similmente intervenire sul prezzo. Questo consenso non v'è, quando l'uno presume di vendere per una som-

ma più grande di quella per cui l'altro conta comprare. Non vi è dunque in questo caso verun contratto di vendita, per mancanza di consenso.

» Al contrario, se il compratore conta per errore di acquistare per una somma maggior di quella per cui il venditore vuol vendere, il contratto di vendita vale per la somma voluta dal venditore, ed è vero, che le parti siano convenute di questa somma, perchè è essa compresa nella più grande per la quale il compratore ha voluto comprare. Quegli che vuole acquistare per una maggior somma, vuole comprare per la minore che è compresa nella più grande.

» Infine il consenso deve intervenire sulla vendita stessa: *Si in ipsa emptione dissentiant, emptio imperfecta est*: *d. L.* 9. Vale a dire che l'uno deve voler vendere, e l'altro deve voler comprare. Ma se l'uno volesse vendere all'altro una certa casa per un dato prezzo per es. per 9000 lire, e che l'altro contasse soltanto di prenderla in affitto durante nove anni per la detta somma; in questo caso non vi sarebbe nè vendita nè affitto, non essendovi verun consenso: l'uno ha voluto vendere, e l'altro non ha avuta la volontà di comprare, ma di prender a pigione. Non si può dire che quegli che ha voluto prendere in affitto, sia stato disposto con più forte ragione a comprare pel medesimo prezzo: conciossiachè ignorando che si volesse vendere, non ha neppur potuto avere la volontà di comprare; è vero soltanto che avrebbe voluto comprare, se lo avesse saputo, ciò ch'è molto differente dall'aver voluto effettivamente comprare. Rispetto a questo errore non è lo stesso come di colui che crede comprare per dieci scudi ciò che gli vien venduto per nove; avvegnachè il numero nove essendo contenuto nel dieci, quegli che vuole acquistare per dieci, vuole effettivamente acquistare per nove.

» Il consenso sopra la vendita consistendo nel concorso della volontà che il venditore ha dovuto avere di vendere, e di quella che il compratore ha dovuto avere di comprare, non vi è contratto di vendita, se dalle circostanze risulti che le parti non hanno avuta la volontà di vendere e di comprare, ma piuttosto di occultare un altro contratto sotto la falsa appreuza dal contratto di vendita.

» Questo è ciò che vedesi nel famoso contratto volgarmente detto *mostra*, col quale voi mi vendete una cosa a credito che io rivendo a contante, o immediatamente o poco dopo, a voi medesimo ovvero a persona da voi interposta, per una somma minore del prezzo pel quale voi me l'avete venduta, e di cui io vi rimango debitore. In simile contratto è evidente che noi non abbiamo avuta una vera volontà di vendere nè di comprare, ma piuttosto di mascherare sotto una falsa apparenza di contratto di vendita il prestito usurario che voi mi fate della somma che mi avete numerata. Quindi se voi mi dimandate il prezzo che mi sono obbligato di pagarvi in forza del preteso contratto di vendita della cosa che vi ho poscia rivenduta a denaro effettivo, io sarò ammesso a sostenere che senza aver riguardo ad un tale contratto che sarà dichiarato nullo e simulato, io debba esser liberato dalla vostra dimanda pagandovi soltanto la somma che ho da voi ricevuta.

» Potrebbe inoltre esservi luogo a proceder criminalmente contro di voi come usurario, secondo le circostanze; *puta*, se vi fosse una grande differenza fra il prezzo per cui voi mi avete venduta la cosa a credito, e quello col quale voi l'aveta ricomprata da me a danaro, dal che risultasse un'usura enorme.

» Se tali contratti sono riprovati e considerati prestiti usurarj nel foro civile, non devono meno esser ritenuti tali nel foro della coscienza. La intenzione da voi manifestata di non volermi dare a prestito la somma di cui io aveva bisogno, ma di volermi vendere una cosa a credito, e riacquistarla da me per una somma minore di quella per cui voi me l'avreste venduta, è una pura illusione della cupidigia la quale può indurci in errore, ma che non può ingannar Dio, il quale penetra nel fondo dei cuori, non giudica delle volontà da ciò che voi vi siete falsamente immaginato di volere, ma per ciò che voi realmente avete voluto nel segreto del vostro cuore. Ora non avvi certamente dubbio che, nel caso proposto, la vera vostra intenzione, quantunque ve l'abbiate dissimulata, fu solo

di voler trarre un profitto usurario del danaro che mi avete sborsato, mascherando un prestito sotto l'inviluppo dei falsi contratti di vendita e rivendita di una mercanzia di cui io non aveva bisogno. *Deus non irridetur.*

» Quando si venda a vil prezzo ad una persona cui le leggi non permettono di donare, si presume del pari che il preteso venditore non abbia avuta una volontà di vendere, ma che la sua volontà sia stata piuttosto di donare, e di travestire la sua donazione sotto la falsa apparenza di un contratto di vendita. Dietro un tal principio, se un marito ha venduto alla sua moglie separata di beni, un fondo a vile prezzo, gli eredi del marito sono ammessi a ripeterlo, senza aver riguardo alla vendita che ne è stata fatta, la quale sarà dichiarata nulla e simulata, offrendo soltanto di restituire alla moglie la somma che ha pagata.

» Nerazio, il quale era della setta de' Proculejani, volea però che in questo caso si esaminasse se il marito aveva effettivamente l'intenzione di vendere detta cosa, ovvero se non aveva fatta simile vendita che a motivo della donazione che egli voleva fare a sua moglie. Secondo lui, solo in quest'ultimo caso la vendita dev' essere dichiarata nulla; nell'altro caso, secondo il suo parere, gli eredi del marito non possono ripetere che ciò che mancava del giusto prezzo, non cadendo, in questo caso, la donazione che il marito ha voluto fare alla moglie, se non sopra ciò che le ha rimesso del giusto prezzo. La preaccennata distinzione di Nerazio è buona in teorica, ma *in praxi* e nei tribunali, per evitare le liti cui darebbero luogo l'esame e la discussione della volontà che ha avuta il marito, io son di sentimento che debba esser preferita l'opinione di Giuliano e dei Sabiniani, che decidono indistintamente la vendita fatta a prezzo vile ad una moglie dover esser dichiarata nulla e simulata. Queste due opinioni sono riportate nella legge 5, §. 5. *ff. de donat. int. vir. ed ux.* Pare che quella dei Sabiniani abbia prevaluto, conciossachè Ulpiano nella legge 38. *ff. de contr. empt.* dopo aver detto, *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet*, dice distintamente, *Hoc inter caeteros: inter virum vero et uxorem, donationis causa venditio facta pretio viliore, nullius momenti est.*

» Secondo lo stesso principio, allorchè un padre ha venduto un fondo a prezzo vile ad uno de' suoi figli il quale unitamente ai suoi fratelli e sorelle ne diviene erede, una tal vendita dev' essere dichiarata nulla, perchè è una donazione coperta che il padre gli aveva voluto fare, ed in conseguenza egli deve essere obbligato a conferire il detto fondo coll' obbligo per parte della successione di rimborsarlo della somma che egli ha pagato a suo padre. *Pothier Trattato del contratto di vendita. Volume I. n. 31. a 39.*

I principali requisiti della vendita sono adunque la convenzione, ed il prezzo, come si desume dalla dottrina di Ulpiano.

» Sine pretio venditio nulla est. Non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem. *L. 2. §. 2., D. de contrahenda emptione.*

Risulta da queste disposizioni, che sono simultanee le obbligazioni del compratore per la soddisfazione del prezzo convenuto, e del venditore per la tradizione della cosa venduta. Decisione della nostra cassazione de' 22 maggio 1810.

» *Fatto.* Il tribunale di prima istanza della provincia di Napoli, con sentenza profferita il dì 12 settembre dell'anno 1809 nella causa agitata tra'l signor Orazio Spani e Marco Mosca, condannò lo Spani all' adempimento della consegna di certo cottone, a norma del contratto fra essi stipulato nel dì 23 maggio 1808: vi fu del pari aggiunta la condanna alle spese del giudizio. Spani ne appellò. La corte di appello residente in Napoli, con decisione de' 6 del successivo dicembre, ordinò che vicendevolmente lo Spani ed il Mosca adempissero al contratto, ciascuno per la sua parte, cioè, il Mosca al pagamento del prezzo a' termini del convenuto, e lo Spani alla tradizione del cottone, e compensò le spese.

» Il signor Mosca produsse ricorso per cassazione, che dalla sezione dei ricorsi con decisione del dì 4 maggio 1810 fu ammesso.

» Udito il rapporto del giudice Molès: inteso il signor Luigi de Sanctis patrocinatore del Mosca, ed il signor Domenico Cassini

patrocinatore dello Spani: ed inteso il regio procuratore generale sostituito Cianciulli nelle sue conclusioni; colle quali ha chiesto il rigetto del prodotto ricorso: »

» La gran corte deliberando a porte chiuse: »

» Vista la suddetta decisione: »

» Visto il ricorso per cassazione: »

» Veduta la legge 21 *De decpactis* »:

» *Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?* »

» Considerando su' mezzi di cassazione, che il signor Mosca pretendea dal signor Spani la consegna de' terzi rolli di cottone, senza prima soddisfare l'importo de' secondi, a lui già consegnati: »

» Considerando, che tra' patti del contratto tra Mosca e Spani interceduto, espressamente si convenne, che quando Spani consegnava i secondi rolli, dovea il Mosca soddisfare i primi, e che quando si consegnavano i terzi si doveano soddisfare i secondi, e così progressivamente: »

» Considerando, che il Mosca pretese la consegna de' terzi, senza venire a soddisfare i secondi, dal che vide apertamente la corte di appello di Napoli, che non si era nè per l'una, nè per l'altra parte adempiuto al contratto, e che per ciò ordinò, che i signori Spani, e Marco Mosca adempiano al contratto, ciascuno in quella parte che lo riguarda, cioè, il Mosca al pagamento del prezzo a' termini del convenuto, e lo Spani alla tradizione di due rolli di cottone in ogni rimessa, sia da S. Arcangelo, sia da Colombrano. - Le spese in prima istanza rimangono compensate: »

» Considerando in fine, che colla divisata decisione non si è violato nè alcun rito, nè alcuna legge: »

» Ha deciso di rigettarsi il ricorso. »

Finalmente la suprema corte di giustizia professò la giurisprudenza, che un contratto di vendita sostenuto con istrumento impugnato come difettoso, dà luogo a provare se vi fu o no il consenso delle parti. Decisione de' 21 febbrajo 1826.

» *Fatto*. In maggio 1822 le figlie ed eredi del fu Pietro Marcello domandarono innanzi al regio giudice del circondario di Roccamonfina il rilascio di una picciola vigna detta *Valle Oscura* del valore di circa ducati 160, che fin dal 1804 si possedeva da Paolo di Martino, non che la restituzione de' frutti da questi indebitamente raccolti.

» Quel regio giudice in contumacia di Martino fe pienamente dritto alla domanda delle attrici. Ma in seguito essendosi in linea di opposizione esibito da di Martino un'istrumento di acquisto, rivocò la sua prima sentenza, ed assolvette il convenuto dalla domanda delle attrici.

» Ne appellarono da tale sentenza le sorelle Marcello e sostennero 1.° essere evidentemente nullo l'istrumento prodotto, poichè non scritto dal notajo, non cifrato da lui, e da' testimonj, non registrato ne' protocolli, ma ritrovato in un fascicolo esistente fra le carte del defunto notajo; 2.° ritrovarsi il preteso venditore del fondo, Pietro Marcello, nell'epoca in cui si dice seguita la vendita, arrestato, e gravemente infermo nel carcere di Teano.

» Si appellò da di Martino puranche per non essersi condannate dal regio giudice le attrici alle spese.

» Il tribunale giudicando diffinitivamente su tali appellazioni dichiarò nullo il titolo esibito, e di Martino possessore di mala fede. Lo condannò in conseguenza al rilascio del fondo, ed al compenso de' frutti.

» Avverso tale sentenza si è prodotto ricorso per annullamento pe' seguenti mezzi.

1.° Trattandosi di azione di revindica di due moggia di territorio, e del pagamento circa venti annate di frutti, la somma era indeterminata, e quindi non poteva conoscerne il regio giudice. Perciò nullamente egli ha giudicato in prima istanza, nullamente ne ha giudicato il tribunale in grado di appello, donde è la violazione degli articoli 9 e 55 364 leggi di procedura civile.

2.° I vizj dell'istrumento possono ridursi alla semplice mancanza della protocollazione, poichè in niuna legge sta detto dover i notaj stendere di proprio pugno le minute. Nè la mancanza di protocollazione forma una nullità od almeno doveva il prodotto istrumento aversi come carta privata. Il tribunale ha dunque violata la *L. 4. de fid. instrum.*,

la *L.* 1. *e* 2. *de contrahenda empt.*, e la costituzione *instrum. robur.*

3.° Poichè il di Martino possedeva in forza di un titolo comunque nullo, non cessava egli di essere possessore di buona fede. Quindi il tribunale avendolo per possessore di mala fede ha violate la *L.* 109 *de reg. jur.* e la *L.* 22 *cod. de rei vindicat.*

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Nicola Conzo pel ricorrente, e D. Gio. Francesco Taraschi pei convenuti, ed inteso il pub. ministero:

» La suprema corte di giustizia deliberando nella camera del consiglio, ed in conformità delle conclusioni del ministero pubblico.

» Vista la sentenza: visto il ricorso.

» Vista la *L.* 4. *cod. de edendo.*

» Vista la *L.* 4. *D. de fid. instr.*

» Visto il princ. *ist. de obligat. ex consensu.*

» Ha la suprema corte considerato, che vantando il convenuto un possesso di anni venti circa, a titolo *pro empto*, provato con copia legale di un pubblico istrumento, tutta di carattere, senza controversia, del notajo stipulatore, il condannarlo esecutivamente al rilascio insieme co' frutti è stata certamente una violazione espressa dell' assioma legale *non est res auferenda possessori nisi convincto.* Assioma ricavato dalla ragion naturale e dalla espressa disposizione delle *L.* 4. *Cod. de edendo*, ad *unica Cod. de proh. seq. pec.* dove così vien detto *Non tantum juris ratio*, *sed et ipsa aequitas persuadet*, *ut probationes secum afferat*, *debitoremque convincat pecuniam petiturus.* Dietro l' eccezione perentoria del convenuto, provata con documento legale, che possedeva *pro empto*, e che avea causa dallo stesso autore degli attori non si potea senza offender la legge, esecutivamente ammettere la domanda, sol perchè non fu rinvenuto essersi passato in protocollo il detto istrumento.

» È obbligo dei notaj passare in protocollo di lor carattere gli strumenti, ma ove il notajo lo trascuri di eseguire, non può ciò oscurare la verità, nè recare alcun nocumento alla parte, che accortamente si provvide in copia legale Nè fa alcun peso, che la minuta di tale istrumento rinvenuta in fascicolo non sia di carattere del notajo, nè abbia la sottoscrizione delle parti, e de' testimonj; poichè è da riflettere sul proposito, che non vi è legge, che ordina esser necessità, che *i bastardelli* sieno scritti di carattere del notajo, e che le altre solennità, da Federico II. con la nota costituzione *instrumentorum robur* stabilite, furono trascurate nel regno dopo che da Ferdinando 1.° d'Aragona con la *Prammatica* 2. *de notariis* nell'anno 1477 venne introdotto l' uso de' protocolli; mentre dietro questa introduzione non più, come per lo innanzi, gli autografi si consegnavano alle parti, ma le copie estratte sottoscritte da notaj col *praesentibus opportunis*; anzi si adoperavano frequentemente per testimonj gli analfabeti.

» Ha pure la corte suprema considerato, che quando per mancanza di solennità non si avesse potuto prestar piena fede allo strumento, non potea perciò trarsene la conseguenza, che non vi era contratto. Dovessi, in questo caso, dar atto a pruove, onde venir in chiaro, se vi era stato il contratto. È massima generale del dritto romano, allora in vigore, che le scritture altr' oggetto non hanno, se non quello soltanto di provare più facilmente i contratti, e le convenzioni; ma quando anche non vi sia alcuna scrittura, è sempre valido ciò, che le parti convengono, ed il giudice debbe ordinarne l'esecuzione, *si habeat probationem L.* 4. *D. de fid. instr.*

» Ha oltracciò considerato, che 'l contratto di compra vendita è uno, e precisamente il primo di quelli, che diconsi consensuali *pr. Inst. de obl. ex cons.* cioè che *ex consensu fiunt.* »» *Ideo autem* (insegnò Giustiniano nel citato luogo) *obligatio dicitur consensu contrahi*, *quia omni modo non opus est scriptura*, *sed sufficit eos*, *qui negotia gerunt consentire.* »» È perciò certo, che fu per ogni lato violata la legge, quando, senza dar prima atto a provare, se vi fu o no il consenso delle parti sul contratto di una vendita, che con un documento alla mano si mostrava interamente perfezionata, e col possesso di anni 20 pienamente eseguita, si condannò il possessore al rilascio.

» Finalmente la corte suprema in quan-

to alla competenza ha considerato, che non essendosi affatto promosso alcun dubbio nè in prima istanza, nè in appello sul valore della causa, non vi sia luogo a farne ora una discussione, che può per altro ben esser fatta innanzi a' giudici del merito nel trattarsi la causa in grado di rinvio.

» Per questi motivi la corte suprema, sulle uniformi conclusioni del pub. minist. annulla la sentenza impugnata; e rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa al tribunale civile di Napoli, ed ordina di restituirs' il deposito. »

La promessa della prelazione in caso di vendita può mai riputarsi equivalente ad una promessa di vendita, sospesa da una condizione, e quindi equivalente alla vendita medesima secondo le disposizioni dell' art. 1583 (1428) del cod. civile? La suprema corte di giustizia con decisione del 30 marzo 1819 consagrò l'affermativa: e nel caso di cui trattavasi aggiunse che la mancanza della clausola del costituto negl' istrumenti di mutuo, non altera la validità del contratto.

» *Fatto*. D. Gaetano Cortese con istrumento de' 16 agosto 1816 mutuò ai signori Francesco D. Giovanni, e D. Giacomo Valentini la somma di ducati 1000 con l' interesse del 10 per 100. Per cautela del contratto essi signori Valentini sottoposero ad ipoteca speciale un territorio di moggia 10 e mezzo, che dissero di possedere in pertinenza di Casoria nel luogo detto *il Lavinajo*. Fu anche convenuto per patto espresso, che nel caso avessero voluto essi signori Valentini vendere tutto, o parte del territorio ipotecato, avessero dovuto preferire nella compra lo stesso signor Cortese, precedente apprezzo di due periti da eligersi di comune consenso.

» Nel dì 31 dello stesso mese di agosto D. Domenico Valentini prese a mutuo dallo stesso signor Cortese duc. 600 coll' istessi patti, e condizioni espressi nel primo istrumento, sottoponendo anche a speciale ipoteca moggia 3 e mezzo del detto territorio a lui spettate in porzione nella divisione fatta da tutti e quattro i suddetti fratelli.

» Agli 11 giugno 1817 i suddetti signori D. Giovanni, e D. Giacomo Valentini venderono a D. Nicola Migliore sette moggia del detto territorio. Nell' assertiva di tale istrumento i suddetti signori Valentini senza far parola della divisione, che ebbe luogo tra tutti i quattro fratelli, dissero di possedere un territorio di circa moggia 26 unitamente ad altri due loro fratelli D. Domenico, e D. Francesco.

» Quindi fu, che D. Gaetano Cortese domandò nel tribunale civile di Napoli di dichiararsi nulla la vendita suddetta, perchè era di pregiudizio al dritto di prelazione accordatogli cogli enunciati istrumenti.

» Il tribunale ebbe per vero che il territorio de' fratelli Valentini era dell' estensione di circa 26 moggia, e che avendone essi vendute sette al signor Migliore, niuno pregiudizio si era arrecato al signor Cortese. In conseguenza di ciò con sentenza de' 5 febrajo 1818 rigettò la domanda del signor Cortese per la prelazione nella compra del fondo venduto, ed ordinò, che i signori Valentini non potessero alienare le 14 moggia del fondo ipotecato al detto signor Cortese, se non a norma dello stipulato. Il signor Cortese ne appellò, sostenendo, che le sette moggia vendute erano comprese tra le 14, sù delle quali fu a lui accordato il dritto di prelazione in caso di vendita.

» La gran corte civile di Napoli con decisione de' 21 luglio di detto anno rigettò l' appello, ed ordinò di eseguirsi la sentenza de' primi giudici. Nel caso però della inesistenza presso i fratelli Valentini della qualità di territorio, su di cui fu convenuta la prelazione, riserbò al signor Cortese i dritti, che contro gli stessi fratelli potessero competergli pel risarcimento di ciò, che importava a lui la inosservanza del patto suddetto.

» Avverso di tal decisione il signor Cortese si provvide di ricorso nella corte suprema di giustizia, assumendo 1.° Che avendo egli dimostrato, che sette moggia alienate eran comprese tra le 14, su delle quali eransi a lui accordate la preferenza, e l' ipoteca, la gran corte non poteva non pronunziare la nullità della vendita in esame: 2.° Che non avendo data esecuzione a' patti di preferenza avea fatto oltraggio alle leggi, che prescrivono l' osservanza de' patti: 3.° Che la gran corte avea snaturato il contratto per aver ammessa

la distinzione, che l'ipoteca fu promessa per la sicurezza della somma mutuata e non già per lo patto di preferenza, quandocchè il patto di preferenza formò parte del contratto: 4.° Che il patto di preferenza di cui si tratta contiene una promessa di vendita sospesa dalla condizione, cioè quando i signori Valentini volessero vendere: che la promessa di vendere equivale alla vendita a norma del disposto con l'articolo 1589 (1435) del cod. civ. e che essendosi il prezzo rimesso al giudizio di terze persone a' termini dell' art. 1592 (1437) detto codice, la gran corte colla riferita decisione avea violati i suddetti articoli.

» Udito il rapporto ec. ec. ed il pub. minist. che con le sue conclusioni ha chiesto l'annullamento della decisione - Vista la decisione: visto il ricorso.

» Attesochè nè due istrumenti de' 16 e 31 agosto 1816 fu espressamente convenuto non solamente il patto dell'ipoteca delle 14 moggia di territorio nel luogo detto *il Lavinajo* nel comune di Casoria posseduta da fratelli Valentini, ma anche il patto espresso di dovere il creditore signor Cortese esser preferito nella compra di quelle, caso in cui essi fratelli Valentini avessero voluto vendere tutto o parte del suddetto territorio ipotecato, previo apprezzo faciendo da due esperti di comun consenso eligendi, e ciò per maggior cautela del contratto, così convenuto per patto speciale, e non altrimenti, da che ne segue, che essendosi vendute sette moggia di detto territorio da essi fratelli al signor Migliore, si è perciò fatto luogo all'esercizio del patto di prelazione suddetto per lo prezzo estimando da due periti di consenso eligendi, come immediatamente lo reclamò il detto signor Cortese.

» Atteso che poco importa che il suddetto patto di preferenza fu apposto ne' detti istrumenti con periodo separato presso il fine della dispositiva, e dopo il patto della ipoteca speciale, giacchè se ancora si volesse dire, che la prelazione in caso di vendita fu convenuta separatamente, ma bensì nello stesso contratto, pure per legge è stabilito, che i patti, che si appongono incontinenti col consenso delle parti debbano aversi indistintamente come apposti nello stesso pubblico atto, e meritano la intera esecuzione.

» Atteso che la mancanza della clausola del costituto negl'istrumenti di mutuo rilevata nella decisione della gran corte civile, niente altera sulla validità, e fermezza del contratto, e de' patti in esso apposti; nè sussiste, che se l'ipoteca generale non si fosse costituita, quando che dagli istrumenti rilevasi, che espressamente fu convenuto l'ipoteca generale insieme con la speciale col patto che l'una derogar non devesse l'altra; e l'ipoteca generale congiunta con la speciale formano la miglior cautela, che nella specie potea convenirsi; cosicchè è del tutto incorrispondente, ed ingiusta la decisione della gran corte civile che conferma la sentenza de' primi giudici, derogando l'esecuzione del patto di prelazione con la semplice riserba al signor Cortese delle sue ragioni per lo risarcimento dell' *id quod interest*. In tal guisa la gran corte civile ha snaturato il contratto, restringendo contro l'espressa volontà delle parti l'ipoteca promessa per maggior cautela del medesimo, e quindi anche del patto di prelazione, ch'è parte di quello, alla sola sicurezza del mutuo.

» Atteso che le leggi in vigore, sotto l'impero delle quali il contratto si è celebrato, sono più rigorose delle antiche; mentre il primo compratore è sempre preferito al secondo, ancorchè quest'ultimo avesse trascritta la vendita, e conseguito il possesso, risolvendosi il patto di preferenza in una promessa di vendere sospesa dalla condizione, cioè, se, o quando il proprietario volesse vendere, e la promessa di vendere equivale alla vendita art. 1589 (1434) del cod. civ.

» Attesocchè il compratore colla speciale ipoteca, e col patto di preferenza appposto in un pubblico atto non può privarsi dell' azione reale ipotecaria, e restringersi ad una semplice azione personale contro il venditore pel risarcimento dell' *id quod interest*.

» Atteso che non regge in fatto, che i venditori fratelli Valentini possedendo nel luogo detto *il Lavinajo* in Casoria 26 moggia di territorio, ed avendo ipotecato col patto di preferenza al signor Cortese sole moggia 14 potesse credersi fatta la vendita di mog-

gia sette al signor Migliore sulle altre moggia 12 che restavano superanti, giacchè dal pubblico istrumento di divisione tra essi fratelli si scorge espressamente convenuto, che tali altre moggia 12 restavano assegnate a beneficio di D. Antonio Valentini, ed altri vitalizianti, in guisa che non potevano i fratelli Valentini disporre di altro, che delle sole moggia 14 rimaste, quali furono quelle ipotecate colla prelazione nella vendita a beneficio del signor Cortese, onde manifestamente contravennero all'ipoteca ed al patto di prelazione, alienando sette di quelle moggia 14 al signor Migliore - Per siffatti motivi annulla ec. . . »

La corte di cassazione di Parigi con decisione de' 11 novembre 1812 consagrò poi la massima della corte imperiale di Limoges che dichiarò la vendita perfetta, ed il dominio trasferito col solo consenso delle parti anche in quelle vendite fatte a misura di una quantità determinata di mercanzie.

» *Fatto.* Marziale Larue era debitore del signor Dulery-Peyramont. - Nel giorno primo novembre 1808, per soddisfare un tal debito gli vende 36 tese di legna da fuoco, da prendersi sulla totalità delle legna che sono in possesso del venditore, e specialmente sopra tutte le legna comprate da Larue, dal signor Tabanon, che si trovavano nell'epoca della vendita nel cantiera nel Ponta di Sauciat.

» Il venditore si riserva un termine di 4 mesi per fare la consegna in Limoges; intanto il compratore è dichiarato *proprietario sin da ora*, ed il venditore conviene di non essere da oggi innanzi che *conduttore delle legna vendute*.

» Le 36 tese di legna, ciascuna delle quali aveva avuto il prezzo di 170 franchi, formavano una somma di 6120 franchi - Peyramont paga questa somma, cioè 6000 franchi con una sua quietanza di ciò che gli era dovuto da Larue, e 120 franchi in moneta per la plusvalenza del valore.

» Larue avendo 4 mesi per fare la consegna, non si dà premura. - Peyramont trascura di procedere alla misura.

» In quest'intervallo di tempo, Larue vende a Baignol, e Disnematin le 36 tese di legna che aveva sul ponte di Sauciat. Nel condurre i legnami a seconda dell'acqua, questo legname è mischiato con delle legna appartenenti ad altri particolari, e la confusione cessa con una divisione del legname mischiato.

» Larue fallisce nel giorno 25 gennajo 1809.

» Allora Peyramont rivendica 36 tese di legna; specialmente il legname del ponte di Sauciat, venduto ai signori Baignol, e Dessales, o per lo meno il prezzo di questo legname di cui sono debitori Baignol e Dessales. - Peyramont dirige nel tempo stesso la sua dimanda contra i compratori del legname del ponte di Sauciat, e contro i sindaci della fallita Larue.

» I compratori del legname del ponte di Sauciat si oppongono; ma la vendita fatta a loro vantaggio è annullata come fatta pochi giorni innanzi al fallimento.

» Peyramont deve solamente battersi coi sindaci della fallita. Questi gli oppongono una duplice difesa.

» 1.° In ciò che riguarda la porzione di legname, ch'era nel ponte di Sauciat, e disegnata nella vendita, essi oppongono, 1. che la vendita non è perfetta per mancanza di misura; 2. che del resto questo legname essendosi mischiato con altro, non è più suscettibile di rivindica.

» 2.° In ciò che riguarda la dimanda di una qualità di legname sufficiente per (col legname del ponte di Sauciat) compiere le 36 tese vendute a Peyramoot, i sindaci rispondono, che a questo riguardo la vendita non era ancora perfetta per mancanza di misura, perchè non è affatto di un'oggetto certo, e determinato, ancorchè le 36 tese di legname vendute dovessero essere prese sulla totalità del legname allora esistente nel possesso di Larue.

» I sindaci sostengono dunque che Peyramont non può rivendicare, ch'egli non è proprietario, ch'egli è semplice creditore, e che viene per contributo, al pari di tutti gli altri.

» Il tribunale civile di Limoges con sentenza del 19 maggio 1810, malgrado la mancanza di misura, considerò la vendita del 1 novembre 1808 come traslativa di proprietà; ed in conseguenza le dà effetto per tutto il legname del ponte di Sauciat, e sussidiaria-

mente per tutto il legname, qualunque esso sia, posseduto da Larue nel tempo della vendita, sino alla concorrenza di 36 tese.

» I sindaci appellarono; ma nel giorno 1 settembre 1810 la sentenza impugnata fu confermata colla seguente decisione.

» Considerando, che è costante in punto di fatto, che in forza del doppio originale del 1 novembre 1808, il signor Peyramont era proprietario incommutabile di 36 tese di legname buono, e mercantile, prima qualità; e che se questo legname dovea restare qualche tempo tra le mani di Larue ciò non era che come conduttore, e depositario, e quindi sin d'allora qualunque avvenimento ulteriore abbia potuto avvenire a Larue, Peyramont non ha cessato di essere proprietario.

» Considerando, che il signor Peyramont, ai termini del suo contratto di vendita, la di cui sincerità non può essere realmente richiamata in dubbio, era proprietario sino alla concorrenza di 36 tese, non solamente del legname che trovavasi al ponte di Sauciat, proveniente da Tabanon, e da altri, ma ancora di qualunque altro legname, che trovavasi nel possesso di Larue:

» Considerando, che la vendita era perfetta, e che la circostanza della misura del legname non potea distruggere questo possesso, dappoichè, quantunque sino alla misura i rischi siano a peso del venditore, ciò nondimeno la vendita è definitiva, poichè il compratore ha un'azione per la consegna contro il venditore, o può esigere dei danni, ed interessi:

» Considerando, che gli appellanti riconoscono di non avere ragione in quanto al legname perveniente da quello, ch'era nel ponte di Sauciat, ma ch'essi sono parimente mal fondati ad impugnare il dritto del signor Peyramont sull'altro legname trovato nei cantieri di Larue, nel porto di Naveix.

» E primamente, in rapporto al legname proveniente da quello ch'era nel ponte di Sauciat, egli è costante, che n'era giunto a Limoges una quantità maggiore di quella, ch'era necessaria per dare al signore Peyramont la quantità, ch'era di sua pertinenza; egli è costante ancora che una parte significante di questo legname fu consegnata al signor Dessales, il quale perciò trovasi debitore di 200 franchi, e più.

» Ch'è parimente costante, che il signore Baignol sotto il pretesto di una vendita, ch'è stata dichiarata fraudolenta, trasportò via una gran quantità di legname proveniente da quello, ch'era nel ponte di Sauciat, nel tempo della vendita del 1 novembre 1808.

» Che sin dal giorno 11 febrajo 1809, cioè a dire, prima del fallimento di Larue, Peyramont avea con atto estragiudiziale, dichiarato al signor Disnematin - Dessales, che il legname, che gli era stato consegnato era di sua proprietà, che in conseguenza a lui dovesse esserne pagato il prezzo; che da ciò risulta, ch'egli aveva (secondo che il diritto glien'era incontrastabilmente acquistato) conservato la sua cosa, in modo che, se nel legname ancora esistente in natura non avesse ottenuto quella parte di cui era proprietario, poteva ricorrere per lo suo compimento sul prezzo del legname consegnato al signor Dessales:

» Considerando, che risulta dall'esame testimoniale, al quale ha fatto procedere Peyramont, che realmente esisteva nel ponte di Sauciat, nel tempo della vendita del 1 novembre 1808, una quantità sufficiente di legname capace di coprirlo per ciò che gli apparteneva; - Che l'esame fatto dai sindaci dei creditori Larue quantunque sia composto di testimonj, i quali (secondo che l'hanno detto i primi giudici) non meritano una grande confidenza, non distrugge il fatto stabilito dal signor Dalery Peyramont.

» Che invano si vorrebbe far risultare un mezzo di non ricevere contro Peyramont da ciò, che nel condursi il legname, di cui trattasi, sull'acqua, era avvenuta una confusione col legname appartenente al signore Payrat; ma quando la confusione avesse avuto effettivamente luogo, non ne risulterebbe nulla di contrario a Peyramont, poichè il legname proveniente di Payrat confuso con quello di Larue, è considerato di essere stato sempre di pertinenza degli stessi proprietarj:

» Considerando, che non si può opporre con fondata ragione a Peyramont la sua offerta fatta in prima istanza, di provare, che il legname da lui reclamato era identicamente

lo stesso di quello esistente nel ponte di Sauciat, giacchè questa offerta di prova poteva allora essere ricercata dalla concorrenza di Baignol.

» In effetti Baignol si presentava come compratore di buona fede, in virtù di una vendita sincera. Egli sosteneva, che la tradizione reale del legname, che gli era stato venduto, avea avuto già luogo, che egli lo avea già mercato, e che l'avea ancora pagato. In questo concorso di vendite trattavasi dunque di sapere chi fosse mai quello tra i due compratori, il quale avesse una tradizione più positiva: in quanto al legname, che derivava dal ponte di Sauciat, era indubitata cosa, che Peyramont avesse un privilegio esclusivo. - E relativamente all' altro legname, quantunque Peyramont ne fosse stato proprietario, pur tuttavia se Baignol lo avesse trasportato di buona fede, egli è certo che Payramont non avrebbe avuto allora, che un regresso sul prezzo del legname trasportato da Baignol se mai da quest' ultimo non fosse stato ancora pagato.

» Ma posteriormente Baignol avendo riconosciuto che la sua vendita era fraudolenta, ha fatto sì, che ogni concorrenza fosse cessata. Peyramont diveniva solo, ed unico proprietario del legname che dà luogo alla disputa sino alla concorrente quantità di 36 tese.

» D' altronde l'offerta di prova non era che sussidiaria. Questa offerta di prova l'obbligava a rispettar la sentenza, che l'aveva ammesso nello stato delle cose; ma è fuori di dubbio ch' egli ha potuto rivenire contro quest'offerta di prova, allorchè lo stato delle cose è stato cangiato.

» Del resto il tribunale di prima istanza non era legato dalla sentenza, la quale aveva ordinato l'esame testimoniale per rischiarare la sua religione. Questo tribunale ha potuto ben riconoscere in seguito, che questo preparativo era inutile, principalmente non essendo più lo stesso lo stato delle cose.

» Considerando, che bisogna scrupolosamente distinguere la qualità delle parti. Il signor Peyramont non ha venduto mercanzie al signor Larue; giacchè in questo caso, perchè fosse fondata la rivendica, bisognerebbe che fosse accompagnata da tutte quelle circostanze, che sono dal codice di commercio prevedute.

» Ma Peyramont è compratore sincero, e di buona fede di 36 tese di legname, che non hanno potuto, secondo le convenzioni delle parti, restare nelle mani di Larue che a titolo di deposito: questa quantità di legname sulla quale Larue non avea alcun diritto, non ha potuto divenire la proprietà dei suoi creditori, a meno che Peyramont, solo proprietario, vi avesse acconsentito.

» Considerando, che da tutto ciò che finora si è detto chiaro risulta che è stato bene giudicato dal tribunale di prima istanza allorchè ha ordinato; 1. Che Peyramont ricevesse sul legname che trovasi in Naveix 36 tese; 2 che in caso d'insufficienza, introiterebbe sino alla concorrente quantità le somme dovute dal signor Disnematin - Dessales; 3 che nel caso ancora d'insufficienza, il signore Peyramont avesse il diritto di ricorrere contra il signor Baignol per soddisfarsi intieramente.

» È stato ben giudicato sul primo caso, dappoichè Peyramont è realmente proprietario di 36 tese di legname. - È stato ben giudicato sul secondo capo, giacchè il legname venduto al signor Disnematin - Dessales faceva parte di quello che apparteneva al signor Dulery-Peyramont, e che anche prima del fallimento di Marziale Larue, Peyramont avea dichiarato al signore Dessales, che il legname, che gli era stato consegnato era di sua proprietà, e che dovea versarne il prezzo nelle sue mani. - Finalmente è stato ben giudicato sul terzo capo, giacchè il legname trasportato da Baignol facea parte di quello, la di cui proprietà era nell'individuo del signore Dulery - Peyramont, e che quest' ultimo non ha potuto essere privato di questa proprietà col concerto fraudolento del signore Marziale Larue.

» I sindaci ricorrono in cassazione contra siffatta decisione. Propongono per mezzo di cassazione, 1 la violazione dell'articolo 1585 (1430) del codice civile, e la falsa applicazione dell'articolo 1583 (1428), 2 la violazione dell'art. 580 del cod. di commercio.

» Essi dicono violato l'articolo 1585 del codice in quanto che la decisione impugnata

considera come traslativa di proprietà una vendita di legname *fatta a misura*, anche prima che avvenuta fosse la misura del legname venduto. - Falsa applicazione dell'articolo 1583, il quale non riguarda la vendita come perfetta per lo sono consenso delle parti, che nei casi ordinarj, nei quali trattasi di vendita fatta in massa.

» Violazione del codice di commercio, art. 580, in quanto che la corte di appello ammette una revindica del legname venduto a Dessales per parte di Peyramont, malgrado che niuna cosa provasse l'identità del legname venduto a Dessales col legname rivendicato dal suo avversario, come avendone precedentemente acquistato la proprietà, e malgrado, che questo legname non potesse essere lo stesso, poichè era riconosciuto in fatto, che il legname venduto a Dessales proveniva dalla confusione fortuita del legname di Peyramont col legname di molti particolari.

» Il primo mezzo ha fissata l'attenzione della corte. L'attore ha messa tutta l'importanza della causa nello sviluppo del medesimo; e questo mezzo istesso è stato quello che dal reo convenuto si è principalmente combattuto.

» Ecco in qual modo si esprimeva l'attore in questo primo mezzo. Falsa applicazione dell'art. 1583 del codice civile:

» Violazione dell'art. 1585.

» In principio ella è cosa costante, che ogni mercanzia, la quale si vende a *peso*, *numero*, o *misura*, non diviene la proprietà del compratore, finchè non sia *pagata*, *numerata*, o *misurata*.

» Questo principio è stato consacrato nei termini precisi dalla legge 35 §. 5. *ff. de contrahenda emptione*.

» D'altronde nel dritto romano, la proprietà non era mai trasmessa col solo contratto, ma bensì colla tradizione delle cose. *Non nudis pactis* etc.

» Questi principj del dritto romano furono seguiti in tutta la Francia; ma si abbandonò la tradizione *reale*, o *fisica*, e si attenne alla tradizione *finta*, o *simbolica*. Vedete Pothier, contratto di vendita n. 313. (V. il §. 25. *ove è riportato*)

» Questa tradizione operavasi il più delle volte con una clausola inserita nell'atto di vendita.

» Gli autori del codice civile hanno riguardata la tradizione come una formalità inutile. essi hanno voluto, che la vendita fosse perfetta, e che la proprietà fosse trasferita col semplice consenso delle parti. Art. 1583. (1428)

» Ma essi hanno scrupolosamente conservate queste formalità per le mercanzie che si vendono a *peso*, a *numero*, ed a *misura*. Art. 1585. (1430)

» Essi hanno egualmente conservate le disposizioni del dritto romano per le vendite in massa. Art. 1586. (1431)

» Come ancora per le vendite delle cose, che ci è l'uso di assaggiare. Art. 1587. (1432)

» E per le vendite fatte col patto dell'assaggio: articolo 1588. (1433)

Dunque la misura è ancora oggi giorno necessaria per rendere la vendita perfetta, e per trasferire il dominio delle mercanzie al compratore

» Dunque sino a questa misura, appartengono al venditore.

» Dunque il legname di Larue ha potuto dopo la vendita del 1 novembre 1808 essere sequestrato dai suoi creditori, e rivendicato dai sindaci.

» Trascriviamo egualmente la risposta letterale del reo convenuto.

» 1. *Argomento* - Secondo l'articolo 1583 del codice civile, la vendita è perfetta, e la proprietà è trasmessa, subito che si è convenuto della cosa, e del prezzo. Ora nel nostro caso vi era convenzione su di una cosa, 36 tese di legname; e vi era un prezzo 6120 franchi. - Dunque la vendita era perfetta, e la proprietà era trasmessa.

» 2. *Argomento* - Secondo l'articolo 1585 del codice civile, il compratore di legname non misurato ha ciò non ostante e prima della misura l'azione tendente ad ottenere la consegna. - Or secondo l'art. 1134 colui è proprietario, in favore del quale esiste l'obbligazione di consegnare la cosa, e che ha l'azione per la tradizione. - Dunque questi due articoli combinati decidono che la proprietà del legname non misurato appartiene al compratore.

» 3. *Argomento* - L'art. 1585, del codice civile è una eccezione all'articolo 1583, ed ogni eccezione deve essere ristretta nei suoi

termini. - Or l'art. 1885 non dichiara la vendita imperfetta in quanto che *le cose vendute sono a rischio del venditore, sino a che la misura non abbia luogo.*

» Dunque sarebbe lo stesso che contravvenire a questi due articoli combinati insieme, col dare all'imperfezione della vendita un'altro effetto, cioè quello di mettere i rischi a peso del venditore.

» 4. *Argomento* - Se dichiarando la vendita a misura, imperfetta in un senso, l'art. 1585 del codice civile avesse voluto, che fosse *senza effetto*, o che il suo effetto fosse *sospeso* sino alla misura, il legislatore non avrebbe mancato di dirlo, come lo ha detto negli articoli 1587, e 1588. - Or se non lo ha detto, è segno che non lo ha voluto.

» Gli articoli 1585, 1588 del codice civile, presentano tre specie di vendite alle quali il legislatore non accorda immediatamente un pieno, ed intero effetto. Ma egli ha cura di graduare le sue restrizioni, e di bene esprimere a qual punto vi è inefficacia - Nel caso preveduto dall'articolo 1487, la vendita è assolutamente senza effetto; *non vi è vendita.* - Nel caso preveduto dall'art. 1388, esiste la vendita; ma il suo effetto è sospeso sino a che non siano adempiute le formalità. - Finalmente nel caso preveduto dall'articolo 1585, l'effetto della vendita non è ristretto che in quanto che la cosa venduta è ai rischi del venditore sino alla misura.

» » Interpetrare l'articolo 1585 in un senso, che abbia lo stesso significato degli articoli 1587 e 1588, sarebbe lo stesso che supporre, che il legislatore non ha saputo esprimere il suo pensiero: sarebbe un calunniare la legge, ed i suoi autori.

» 5. *Argomento.* - Non si può modificare l'art. 1585 del codice civile per la massima del dritto romano, *res perit domino.* - Giacchè la massima *res perit domino* non era applicabile in materia di vendita; poichè la vendita era perfetta colla sola tradizione (*L. vend. C. de pactis.*); e che intanto i rischi della cosa venduta erano a peso del compratore, subito che vi era convenzione sulla cosa, e sul prezzo. *Institutionum* §. 3. *de emptione, et venditione, L. 4. C. de periculo, et commodo rei venditae.* - Dunque quando anche le due legislazioni si riunissero, non si potrebbe giammai conchiudere *dai rischi alla proprietà.*

» 6. *Argomento.* - Il legislatore francese ha consacrato una grande *innovazione* su ciò che costituisce la perfezione della vendita, in ciò, che riguarda la proprietà. - Dunque non bisogna affatto prendere in questo caso per norma le leggi romane - Principalmente bisogna allontanarsi dall'idea della necessità della tradizione (1138, e 1583 (1092 1428) del codice civile.) - Segno naturale, e primitivo della trasmissione di proprietà, la tradizione ha dovuto sembrare, ed è stata senza dubbio meno necessaria allorchè la civilizzazione ha moltiplicato i mezzi di provare la trasmissione di proprietà.

» Non vi ha eccezione che coll'art. 1141 (1095) del codice civile *nel caso di conflitto tra due compratori*; e ciò non è la nostra specie.

» Se era vero secondo la legge romana che l'effetto della vendita a misura era sospeso, e non poteva trasferire la proprietà, che dopo la misura, ciò avveniva, giacchè fino al momento in cui non vi era stata misura, non potea esservi tradizione, e che in difetto di tradizione, la vendita era non trasmissiva della proprietà - L'essenza di mutazione essendo il risultato del difetto di tradizione, la conseguenza è, che la novella legislazione avendo dichiarato non necessaria la tradizione, ha per conseguenza voluto annullare tutte le disposizioni che rendevano le vendite inefficaci per difetto di tradizione, e per conseguenza l'inefficacia risultante dalla mancanza di misura.

» Del resto l'articolo 1585 del codice civile, riproduce con modificazione la legge romana 35, §. 5, del digesto *de contrahenda emtione.* E là dove il legislatore romano aveva detto, che vi era imperfezione della vendita, in quanto che non vi era *trasmissione* di *proprietà*, il legislatore francese ha detto che vi era imperfezione della vendita, in quanto che la cosa venduta sarebbe ai rischi del compratore. - È impossibile di dare lo stesso significato e gli stessi effetti a due disposizioni così diverse.

» 7. *Argomento.* - Vi è equivoco fallace nel sostenere nella specie presente, che la

vendita a misura dev'essere senza effetto, sino alla misura in questo senso, che *non sarebbe una vendita di corpo certo, e determinato*; giacchè la vendita cade sopra 36 tese di legname, nelle quali è compreso tutto il legname comprato da Tabanou, e che esiste nel porto di Sauciat, non si può dire che vi sia vendita di un corpo non certo, e non determinato: vi ha però vendita di una parte di legname ben designata, e ben determinata.

» La corte si compiacerà di osservare, che tutto il litigio cade su questa parte di legname del porto di Sauciat; ch'egli è ben riconosciuto che coosisteva realmente in 36 tese; che quindi l'oggetto venduto era un corpo certo, ed anzi un corpo interamente venduto.

» 8. *Ed ultimo argomento.* - La decisione impugnata ha riconosciuto in fatto, che dalle clausole dell'atto di vendita risultava che il venditore era rimasto semplice depositario. - E la decisione ha bene giudicato, giacchè realmente vi era vendita del legname esistente nel porto di Sauciat, e di una porzione determinata da prendersi sulla totalità del legname allora esistente nel possesso del venditore, poichè a questo riguardo il venditore dichiaravasi spogliato della proprietà, e più non essere, che un semplice conduttore - Questa questione è necesariamente una questione d'interpetrazione di clausole. Tre decisioni di appello emesse nello stesso senso non potrebbero dar luogo alla *interpetrazione legislativa.* - Dunque nel nostro caso è un punto di bene, o mal giudicato, la di cui conoscenza non è nelle attribuzioni della corte.

» L'attore in cassazione precisava, e risolveva le obiezioni del reo convenuto nel seguente modo:

» 1. *Obiezione e risposta.* - I sindaci Larue, dice l'avversario, non ravvisano il vero senso dell'articolo 1585. - Lungi dal derogare alla regola generale, stabilita dall'articolo 1583 non è anzi, che una conseguenza naturale. - Solamente l'art. 1585 mette i rischi delle mercanzie a peso del venditore; ma questi rischi possono appartenere a persone diverse dal proprietario; e dietro questo articolo la vendita non è meno perfetta, per lo solo consenso delle parti. - *Risposta* - La prova che l'articolo 1585 stabilisce una eccezione all'art. 1583 è scritta nei processi verbali del consiglio di stato, è scritta ne' discorsi degli oratori del governo: essa risulta da queste espressioni della legge: » ma il compratore può dimandare la tradizione, ovvero i danni, e gl'interessi. » Prova che non è ancora proprietario - Non si dimanda la tradizione di una cosa, di cui si è in possesso, che si possiede, e di cui si ha il dominio. - Non si reclamano danni, ed interessi per inesecuzione del contratto, allorchè il contratto è stato eseguito colla tradizione della cosa.

» 2. *Obiezione* - 2. *Risposta* - Consultiamo i principj generali delle obbligazioni; interroghiamo l'articolo 1138 (1095) del codice. Esso prescrive: » l'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso delle parti contraenti. » - Or se il consenso rende perfetta l'obbligazione, il compratore diviene proprietario, e la misura delle mercanzie non può aggiungere altro al contratto. - *Risposta.* - I principj generali, che l'avversario invoca sono piuttosto contrarj, che favorevoli al suo sistema - In effetti l'articolo 1138 dichiara con una seconda deposizione: » (l'obbligazione di consegnare la cosa), rende il creditore proprietario, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione... » si vede che questa disposizione fissa il momento in cui il compratore diviene proprietario; è quello cioè in cui la cosa ha dovuto essere consegnata. - Dunque sino a questa tradizione, e nel nostro caso sino al primo marzo 1809 Peyramont era creditore, e non era ancora proprietario - Ed in questo intervallo ogni revindica poteva esser fatta dai sindaci di Larue. - L'art. 1141 (1095) sviluppa ancora questo principio. - » Se la cosa che taluno si è obbligato di dare, o di consegnare successivamente a due individui, è puramente mobile, quella fra di essi, cui ne fu dato possesso reale sarà preferito, e resterà proprietario, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data, purchè però il possesso sia di buona fede » - Nella specie, se il posses-

so del legname da bruciare è stato trasmesso a qualcheduno, lo è a Disnematin secondo compratore, e non a Peyramoot. - Bisogna dooque convenirne: queati articoli condannauo il sistema dell'avversario. - Egli è battuto, ed è vinto colle sue proprie armi!

» 3. *Obiezione*: - 3. *Risposta*. - Inutil cosa è, dice l'avversario, di esaminare la quistione di dritto. Tutto è stato giudicato in fatto dalla decisione impugnata: si trova in questa decisione il seguente motivo: » *atteso in fatto, che Peyramont è divenuto proprietario, coll' atto del* 1. *novembre* 1808. »

» *Risposta*, Allorchè una corte imperiale decide, che il compratore divieoe proprietario prima della misura delle mercanzie, la sua decisione ferisce direttamente l'art. 1585 del codice. Quindi essa commette un' errore gravissimo di dritto, benchè abbia dichiarato di giudicare in fatto. Se una corte decidesse, che un donatario non acquista il dominio dell' oggetto donato colla donazione; che il legatario è investito prima della morte del testatore ec. la corte, io dico, invano dichiarerebbe di pronunziare in fatto: essa non potrebbe con questa falsa qualificazione, mettere la sua decisione al coperto della cassazione.

» 4. *Obiezione* - 4. *Risposta* - Del resto, seguita l'avversario, non è vero, che Larue abbia venduto un numero determinato di tese di legname da prendersi su di una quantità indeterminata. Egli ha venduto una totalità in *massa*, tutto il legname del cantiere di Sauciat.

» Dunque bisogna ricorrere all'art. 1586, e non già all' art. 1585. *Risposta* - Il contratto del 1 novembre 1808 contiene il contrario. Larue nel medesimo dichiara di vendere 36 tese di legname, ciascuna delle quali al prezzo di 170 franchi da prendersi tanto sul legname acquistato da Tabanon, quanto su quello, che egli possiede in Sauciat. Se quest' ultimo presentasse l'idea di una vendita in massa, egli è impossibile però decidere lo stesso pei primi. Finchè non era misurato non era nel dominio del venditore.

» Facciamo un' ipotesi: ammettiamo, che un incendio avesse divorato tutto il legname enunciato nell' atto, Peyramont non avrebbe egli dimandato in seguito 36 tese di legname a Larue? Questa obbligazione avrebbe sempre esistita finchè nell' impero fosse stato possibile di trovare del legname da bruciare, e che la specie non fosse stata distrutta. Quindi tutte le obiezioni dell' avversario svaniscono innanzi ai principj della materia. Il signor Thuriot avvocato generale ha conchiuso per la cassazione, del pari che aveva conchiuso il signor avvocato generale Daniela nella sezione de' ricorsi.

» Ricordiamo per l'ultima volta l'espressioni di questo magistrato.

»» La corte è chiamata a pronunziare sul vero senso dell' art. 1583; e se nella specie trattasi di una porzione di 36 tese di legname, è molto importante però di fissare il senso di questo articolo. »»

» Or egli basta di sapere cosa mai sia il dritto di proprietà, per comprendere, che le disposizioni di questo articolo non sono applicabili a tutte le vendite indistintamente.

» I mercanti vendono sovente delle mercanzie, che ancora oon posseggono; essi le vendono a peso, a numero, o a misura, per esempio, dieci quiotali di grano ad uno, all' altro quaranta.

» Si dirà forse, che se questo mercaote acquista in seguito trenta quintali nell'intenzione di conseguarli, uno de' compratori diviene nel momento stesso proprietario di questi trenta quintali per un quinto, e l'altro per quattro quinti?

» Essi potrebbero dunque rivendicarli ancora, quando anche il venditore ne cambiasse il *destino* consegnandoli ad un terzo compratore.

» Un simile sistema è *troppo assurdo*, perchè possa meritare di essere confutato.

» L'art. 1583 suppone, che si sia convenuto della cosa, e del prezzo.

» Or non si è convenuto della cosa all'effetto di poterne trasferire la proprietà, priachè essa sia indicata, o misurata.

» Il signor Peyramont era forse divenuto proprietario del legname, che trovavasi in Sauciat, ma non poteva giammai essere considerato come avendo acquistato la proprietà di più di una cosa, che non era ancora determinata.

» La corte imperiale di Limoges ha fatto dunque una falsa applicazione del precitato articolo, ed in questo stato di cose egli è inutile di occuparci del secondo mezzo dell' attore, tratto dell'art. 581 del codice di commercio.

» Questo articolo non parla d'altronde, che del dritto di revindica che può aperimentare il *venditore*, il mandante, o il suo commettente, cui il prezzo della cosa non è stato pagato, e non parla affatto del dritto del compratore che ha pagato il prezzo della mercanzia.

» Ma a me pare, che il primo mezzo degli attori è decisiva, e che importa di fissare il senso dell'art. 1583, in modo che possa ricevere la sua esecuzione.

» Questo articolo è senza dubbio introduttivo di un dritto nuovo, in quanto che dichiara, che il compratore sarà proprietario della cosa comprata, relativamente al venditore, prima di essergli consegnata, ma non decide, che se un negoziante vende quaranta quintali di frumento, che egli ancora non ha, il compratore diviene sul momento proprietario dei quaranta quintali, o che almeno lo diviene, subito che il venditore ha comprato alcuni quintali di frumento.

» Tutti conosceranno che questa dottrina è non solamente contraria a tutte le nozioni riguardanti il dritto di proprietà, ma ch'essa produrrebbe una infinità d'inconvenienti, e che sarebbe anzi impraticabile.

» La proprietà non può essere trasferita che nel caso in cui trattasi di un corpo *certo*, e *determinato*. La proprietà non si trasferisce allorchè si vende una quantità *senza altra designazione*, come non si trasferisce allorchè si vende alternativamente *tale*, o *tale cosa*. »

» La decisione impugnata dee dunque esser cassata.

» *Decisione* - Atteso 1. che ai termini dell' art. 1583 del codice civile, la vendita è perfetta tra le parti, ed il compratore ha acquistato di dritto la proprietà, subito che si è convenuto della cosa, e del prezzo, quantunque non sia ancora nè consegnata la cosa, nè pagato il prezzo.

» Che se l'art. 1585 dispone, che nel caso in cui la mercanzia è venduta a misura, la vendita non è perfetta sino alla misura, spiega che in questo senso la cosa venduta è a rischio del venditore, e precisa che il compratore può dimandare la consegna, o i danni, ed interessi per mancanza di esecuzione; che in conseguenza lungi dal derogare al principio generale stabilito coll'art. 1583 egli lo conferma decidendo, che anche in questo caso la vendita è perfetta, sotto qualunque aspetto, all'infuori di quello dei rischi.

» Atteso in secondo luogo, ch'è di principio certo, che quando talune cose appartenenti a diversi proprietarj si sono insieme mischiate fortuitamente, in modo, che non possono essere separate, che con una divisione, la parte, che spetta a ciascuno di essi è considerata l'istessa cosa che per lo innanzi egli aveva.

» Atteso 3 che dietro la disposizione dell'articolo 581 del codice di commercio, il proprietario delle mercanzie depositate in mano del fallito, può rivendicarle in natura se esistono, o il prezzo, se sono state vendute, e se non è stato ancora pagato;

» Atteso finalmente, che consacrando questi principj, e per conseguenza accordando à Peyramont la tradizione del legname, che da luogo alla disputa, la decisione lungi dal violare la legge, non ne ha fatto, che una giusta applicazione:

» La corte rigetta ec.

» §. 3. La vendita può farsi puramente e
» semplicemente, o sotto condizione sospen-
» siva o risolutiva.

» Può altresì avere per oggetto due o più
» cose alternativamente.

» In tutti questi casi il suo effetto è rego-
» lato co' principj generali delle convenzioni.
» *Art.* 1429. *Leg. civ.*

Ne abbiamo gli esempj da Ulpiano.

» Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione *L.* 3. *D. de contrahenda emptione*.

» *Casus*. Vendidisti mihi rem, ut si displicuisset esset inempta: dicitur quod hic non contrahitur emptio sub conditione, sed resolvitur sub conditione si displicuerit. *Vivianus*.

Se i contraenti consentano che la cosa sia per non venduta, il contratto allora sarà puro o condizionale? Brunnemanno è dell'avviso di considerarsi la condizione per resolutiva.

» Placuit venditori, et emptori, ut si res displicuerit, esset inempta, quaeritur, an conditionalis sit contractus, an vero purus? Utilitas quaestionis versatur in quaestione de rei periculo. Et posterius placuit, quia non est conditio suspensiva, sed resolutiva, ut in addictione in diem. Sed quaero, an si in casum poenitentiae certa summa constituta, an a contractu recedere liceat? et putarem, concessam esse poenitentiam, ob provisionem hominis, quae tollit provisionem legis, sicut ita pronunciatum refert Bellich. *p.* 1. *dec.* 44 *conf. notata* domini Autoris ad *L.* 17 *Cod. de fide instrum. d.* 6 *et seq.* Et hanc facultatem poenitendi usque ad id tempus, quo consumatus est utrinque contractus, competere, tradit et praejudicio confirmat Berlich. *dec. seq.* 45. Et si interesse aut damnum alterius excedat poenam illam, potest etiam interesse actione ex empto pati Berlic. *dec.* 46 quod intelligo, si in hac plus est quam in actione ex stipulatu poenali. *Brunnemanni comment. in Pand. ad L.* 3. *de contrah. empt.* »

Dallo stesso Ulpiano abbiamo inoltre la massima, che pendente la condizione la vendita è nulla.

» Haec venditio servi (si rationes domini computasset arbitrio) conditionalis est. Conditionales autem venditiones tam perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. Sed utrum haec est venditionis conditio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio boni viri? Nam si arbitrium domini accipiamus nulla est venditio; quemadmodum si quis ita vendiderit; si voluerit: vel stipulanti sic spondeat: si voluero decem dabo. Neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus, magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini. Si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit fingit autem se non accepisse, impleta conditio emptionis est; et ex empto venditor conveniri potest. *L.* 7. *D. de contrahenda emptione* ».

Casus. Vendidi tibi servum hoc pacto, si rationes redderet meo arbitrio, an haec venditio sit conditionalis an pura? Et responde quod conditionalis; neque est perfecta nisi completa conditione. Sed utrum sit redigenda ad arbitrium boni viri quaeritur? et responde quod nulla est venditio, si ad arbitrium mei vendentis refertur; quia forte ego nunquam arbitrabor (sicut si quis tibi vendidit si voluerit *Cod. cod. l. in vendentis*) quia non debet conferri in arbitrium rei an sit adstrictus; unde si rationes accipere nolim ex empto poteris me convenire. *Vivianus.*

Cujacio comenta questa legge dimostrando appartenere alle particolari convenzioni quella forma di vendita, il di cui effetto dipende dalla volontà di uno de' contraenti.

» Haec lex pertinet ad pacta conventa et conjungenda est cum *L. in personam* §. *generaliter de reg. jur.* et continet exemplum aptissimum illi regulae, *an sit obstrictus.* Alia ratio redditur in *vendentis Cod. cod.* quia obligatio non adstringit necessitate contrahentes: atqui si valere velimus obligationem oportet, ut adstringat, ut vinculum sit; ut apparet ex definitione obligationis *tit. de oblig. Inst.* Idem est in stipulatione, et propter eandem rationem *L. stipulatio. De verb. obl.* quae conjungenda est quoque cum hac lege, argumento rei ipsius, et inscriptionis et cum stipulatio et emptio hac in re similes sint, ex stipulationum jure hic dicendum est, emptionem contractam sub hac conditione *si voluero* nullam esse: contractum vero sub hac *cum voluero* valere; quia posterior formula tacitam tantum habet conditionem non aeque expressam, ut prior *L. centesimis* 46 *de verb. oblig.* Objicitur §. *pen. Inst. de contrah. empt.* ubi venditio facta sub hac conditione *si Stichus tibi placuerit intra certum diem, erit emptus tot aureis*, ed apparet emptionem esse collatam in arbitrium emptoris; quae tamen dicitur valere. Nonnulli respondent in eo §. non esse emptionem, sed resolutionem emptionis sub conditione quod esse falsum *L.* 3. *sup.* Alii existimant pretium esse tantum collatum in arbitrium emptoris, alii in formam, et qualitatem rei. Sed quocunque te vertas, semper penderet ex voluntate emptoris contractus, quod hic

est prohibitum. Itaque respondendum est totum contractum esse collatum in arbitrium emptoris: sed quia arbitrio illi adjectus est certus dies, ita ut emptor intra certum tempus cogatur arbitrari, valet emptio. Prohibetur enim emptio conferri in arbitrium contrahentis quia obligatio semper penderet. Haec ratio cessat propter adjectum diem certum. *Cujacii comment. in tit.* 1. *de contrah. empt. Lib.* 18. *D. ad L.* 7.

» §. 4. Quando si vendono delle mercanzie » non in massa, ma a peso, numero o misura » la vendita non è perfetta, in quantochè » le cose vendute stanno a risehio del venditore finchè esse non sieno pesate, numerate o misurate. Il compratore però può » chiederne o la consegna o i danni ed interessi, se vi è luogo, nel caso d'inadempimento della obbligazione. *Art.* 1430. » *Leg. civ.* »

La dottrina è dettata da Cajo.

» In iis quae pondere, numero, mensura constat (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea servantur quae in coeteris; ut simulatque de pretio convenerit videatur perfecta venditio (*quantum ad periculum*), modo ut etiam si de pretio convenerit: non tantum aliter videatur perfecta venditio quam si admensa, appensa, adnumeratave sunt. Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est quod in coeteris rebus. *L.* 35 §. 4. *D. de contrahenda emptione* ».

» La vendita in quanto al venditore, dicono gli autori delle pandette francesi, è perfetta, il quale è obbligato di consegnare la quantità venduta. Non è perfetta quanto al compratore il quale non acquista la proprietà che colla tradizione: ciò è evidente. Non sono tali o tali corpi che gli sono stati venduti, ma tal quantità di cose, e di tal genere. Questi dunque non può diventare proprietario che colla tradizione delle cose che gli verranno consegnate ».

» Io vi vendo cento sestieri di grano che ho ne' miei granai, per un prezzo convenuto. La vendita a mio riguardo è perfetta. Io sono obbligato a consegnarvi cento sestieri di grano. Ma essa non lo è per voi. Voi non siete ancora proprietario di alcun sestiere di questi grani; o non lo siete più dell' uno che degli altri. In conseguenza io resto proprietario sino alla misura, ed alla consegna. I grani per conseguenza sono a mio rischio. Se questi periscono, io non sono meno obbligato di consegnarvi cento sestieri di grano della medesima qualità ».

» In questo articolo vi è una inesattezza di redazione. Essa consiste nella ripetizione della particella o nel fine della disposizione. Pare che ne risulti che il compratore abbia la scelta di domandare la consegna della quantità venduta, o i danni ed interessi, il che non è vero. La domanda diretta, e principale che dee formare è quella della consegna. Non può concludere ai danni ed interessi, che per mancanza di esecuzione. [*Osservazione all'art.* 1585 *del cod. civ.*

Disposto con questo articolo che le cosa vendute stanno a rischio del venditore, finchè esse non sieno pesate, numerate, o misurate, quindi ne deduce Delvincourt, che unicamente pel rischio la vendita non è perfetta. Essa lo è sotto tutti gli altri rapporti. Ma perchè questa differenza relativamente al rischio? Perchè in questo caso, ei dice, sarebbe impossibile nel caso di perdita il determinare quel che deve il compratore. Quando la vendita è stata fatta in massa e per un solo prezzo, se la cosa perisce per caso fortuito e senza colpa del venditore, il totale del prezzo è dovuto dal compratore. Ma quando è fatta a tanto la misura, non si può sapere quel che il compratore deve, se non quando si saprà quante misure conteneva quei mucchio. Ora, come ciò non può sapersi perchè la cosa è perita prima della misura, non si può esigere alcun prezzo dal compratore. Quindi può dirsi che il suo obbligo certamente esiste, ma che è nullo a causa dell' incertezza, *propter incertum*. Del resto ecco in reassunto le diverse specie alle quali l'articolo 1583 può essere applicato.

» Io vendo tutto il grano ch'è nel mio granajo, per la somma di mille e dugento franchi. Il rischio è pel compratore.

» Io vendo l'istesso grano a 24 franchi lo

stajo, il rischio è mio sino alla misura ; poichè sino a tal tempo non può sapersi quel che dovrebbe il compratore.

» Io vendo venti staja di grano da prendersi da quello ch'è nel mio granajo: il rischio è per me o pel compratore secondo le circostanze.

» Se tutto il granajo è bruciato , com'è certo che l' incendio ha consumato il grano ch'era l' oggetto della vendita , il rischio è pel compratore..

» Ma se il granajo non è bruciato che in parte , siccome non posso dire che il granajo bruciato sia piuttosto quello venduto che quello rimasto , il rischio è per me ; e per conseguenza sino a che vi resteranno venti staja nel granajo , io sarò tenuto a farne la consegna , sia che la vendita fatta si fosse con un solo prezzo , o a tanto lo stajo. *L.* 35 §. 7. *D. de contrah. empt.* Avviene in questo caso come in quello in cui avess' io venduto un cavallo della mia razza. Se tutti i miei cavalli periscono meno che un solo , sarò tenuto a consegnare questo solo rimasto.

» Ma *quid* nel caso seguente ? Pietro vende a Paolo dieci botti di vino da prendersi da quello ch' è nel suo cellajo , o dieci staja di grano da prendersi da quello ch' è nel suo granajo. Paolo paga a pronto contante prima di ricevere la consegna : Pietro fallisce : Paolo potrà rivendicare le dieci botti di vino , e le dieci staja di grano , o non avrà che una semplice azione personale per l'ammontar della quale attender deve il contributo ? La quistione è delicatissima. Se si eseguisse l' opinione di *Pothier* tal quale è riportata nel suo trattato *delle obbligazioni* n. 286 bisognerebbe decidere che il compratore non ha che una semplice azione personale. In fatti questo autore pensa che in questo caso tutte le cose del genere sono *in facultate solutionis* ; ma che non ve n'è alcuna in *obligatione* ; mentre dic' egli, non ve n' è alcuna che il creditore possa domandare. Ora come il solo cambiamento che il codice ha fatto all' antico dritto , è che il creditore diventa ora per effetto della sola vendita proprietario della cosa , ch' egli poteva nell' antico dritto domandare coll' azione personale , ne segue che se , come pensa *Pothier* , egli non avrebbe potuto anticamente domandarne alcuna , egli di alcuna non sarebbe attualmente proprietario , e quindi non potrebbe esercitare riguardo ad alcuna il dritto di revindicazione. Ma io credo che il prinsipio di *Pothier* , che potrebb' esser vero rispetto alle obbligazioni *generis generalissimi*, non debb' applicarsi a quelle che son dette *generis limitati* , o come dicono gli autori , *quod certam finctionem habet* , e che sarebbe piuttosto il caso di applicare a queste sorte di obbligazioni l'art. 1196 (1149) che suppone potervi esser più di due cose comprese nell'obbligazione alternativa.

»Ora che impedisce di riguardar , per esempio , la vendita delle dieci botti di vino di tal cellajo appartenente al venditore , come una vendita di tutte le botti di vino del cellajo , fatta sotto la condizione alternativa , e colla clausola che il venditore sarà liberato colla consegna delle dieci botti ? Dunque secondo il principio contenuto nell'art. 1138 (1092) , il compratore è diventato colla vendita fattagli proprietario di tutto il cellajo sotto la stessa alternativa. Dunque gli appartiene la revindicazione. (Veggasi su tal proposito un arresto di cassazione reso nel dì 11 novembre 1812) (*riportato nel* §. 2.) *Delvincourt corso di Codice Civile vol.* 8 *nota* 6. *al tit.* 2.

Pothier tratta estesamente i varj casi nei quali egli esamina a rischio di chi rimanga la cosa venduta durante il tempo intermedio tra il contratto , e la tradizione

»Al titolo del digesto *de peric. et com. rei vend.* , ei dice , è stabilito il principio che tostochè il contratto di vendita è perfetto , la cosa venduta resta a rischio del compratore , quantunque non siagli ancora stata consegnata; in modo che se durante detto tempo essa perisce senza colpa del venditore, rimane questi sciolto dalla sua obbligazione, ed il compratore non viene perciò liberato dalla sua , e non è meno obbligato a pagarne il prezzo convenuto.

» Che il venditore sia sciolto dalla sua obbligazione, allorchè la cosa venduta è perita senza sua colpa , ciò è una conseguenza di

un altro principio, che ogni obbligazione di un corpo certo si estingue quando la cosa cessa di esistere: *Trat. delle obbl. part.* 3 *cap.* 6. Questo principio è preso dalla natura stessa delle cose; conciossiachè la cosa dovuta essendo il soggetto dell'obbligazione, ne segue che quando essa cessa di essere, l'obbligazione non può più sussistere, non potendo essa sussistere senza soggetto.

» La seconda parte della decisione, cioè che l'obbligazione del compratore non lascia di sussistere, quantunque quella del venditore sia estinta coll'estinzione della cosa, sembra soffrire maggiore difficoltà: essa però è vera e fondata nella natura del contratto di vendita. Questo contratto è del numero di quelli che chiamansi *consensuali*, i quali sono perfetti col solo consenso dei contraenti; la tradizione della cosa venduta non è per verun modo necessaria per la perfezione di tale contratto. L'obbligazione che contrae il compratore di pagare il prezzo, essendo dunque perfetta col solo consenso delle parti, il quale è intervenuto, ed indipendentemente dalla tradizione, essa deve sussistere, quantunque la cosa venduta abbia cessato di esistere e non possa più essere consegnata. È vero che fino a che il venditore è in mora di consegnare la cosa, esso non può esigere il prezzo, perchè non può essere ammesso a domandare che il compratore soddisfaccia verso lui alla sua obbligazione, quando egli è in mora dal suo lato di soddisfare alla sua. Allorquando però l'obbligazione del venditore si estingue in uno di quei modi naturali per cui si estinguono le obbligazioni, il compratore non ha più nulla ad opporre per esimersi dall'eseguire dal suo canto la sua obbligazione, che essendo stata una volta validamente contratta, sussiste sempre, e non può estinguersi se non per alcuna delle maniere colle quali si estinguono le obbligazioni.

» Più scrittori moderni, che han trattato del diritto naturale, fra quali sono Pufendorff, Barbeyrac, ec. han creduto che i giureconsulti romani si fossero allontanati su questa materia dai veri principj del diritto naturale, e sostengono al contrario che la cosa venduta sia a rischio del venditore, finchè egli rimane proprietario; che sopra di lui dee cadere la perdita che succede di detta cosa, quantunque senza colpa, purchè il compratore non sia stato messo in mora di riceverla; e similmente che desso debba profittare degli aumenti che sopravvenissero nella cosa venduta. I loro argomenti sono 1.° esser massima riconosciuta dagli stessi giureconsulti romani, che una cosa è a rischio del proprietario; *Res perit domino*. La risposta a questa obbiezione è che questa massima riceve applicazione allorchè si oppone il proprietario a quelli che hanno la custodia o l'uso della cosa. In questo caso la cosa perisce per conto del proprietario, piuttosto che per quelli che ne avevano la custodia o l'uso, i quali, in conseguenza della perdita della cosa senza loro colpa, sono esonerati dall'obbligo che avevan contratto di renderla. Quando però si oppone il proprietario debitore di una cosa, al creditore della medesima, il quale ha una azione contro il proprietario per farsela consegnare, in questo caso la cosa perisce pel creditore, piuttosto che pel proprietario, il quale, attesa la sua perdita, è liberato dall'obbligo di consegnarla. Infatti, ciascuno perde il diritto che ha in una cosa, o rispetto ad una cosa, quando essa perisca per caso fortuito: il venditore proprietario della cosa perde il suo diritto di proprietà quale l'aveva, cioè un diritto che non poteva ritenere, e che era obbligato di trasferire al compratore: questi perde dal suo canto il diritto che aveva rispetto a detta cosa, cioè il diritto che aveva di farsela consegnare.

» Si oppone, 2.° che il compratore non si è obbligato a pagare il prezzo se non a condizione che gli si darebbe la cosa. Io nego la proposizione. Egli si obbliga a pagare il prezzo, non a condizione che il venditore gli dia la cosa, ma piuttosto a condizione che il venditore si obblighi dal suo canto a fargli avere la cosa: basta quindi che il venditore siasi validamente obbligato, e non abbia mancato alla sua obbligazione, perchè quella del compratore abbia una causa, e sussista.

» Quantunque le ragioni in appoggio del sentimento dei giureconsulti romani mi sembrino dover trionfare, bisogna però confessare che la questione ha la sua difficoltà, e che pare altresì che i giureconsulti romani non

siano stati unanimi sopra tale questione: poichè Africano nella legge 33. *ff. locati* dice formalmente, che se il fisco si è impadronito del podere che io vi aveva venduto, prima che ve l'avessi consegnato, di maniera che non sia più in mio potere di consegnarvelo, io non sarò per verità tenuto verso di voi ad alcun danno ed interesse; ma sarò obbligato a restituire il prezzo della vendita. Questo testo è sembrato tanto formale a Cujacio, che nel suo trattato *ad African.* su questa legge, è arrivato persino a sostenere che secondo il diritto romano, la cosa venduta non era a rischio del compratore, contro la decisione formale degli altri testi di diritto ed il sentimento generale, non che contro ciò ch'ei medesimo ha scritto, *ad l.* 34 §. *alia caus. ff. de contr, empt. lib.* 33, *Paul. ad. ed.* Gli altri interpreti hanno ideati altre conciliazioni. La più plausibile è quella di Davezan, professore della nostra università di Orleans, nel suo trattato *de contr.* Egli dice che nel caso riferito da Africano, se il compratore ha la ripetizione del prezzo, ciò deriva perchè le leggi le quali ordinavano ai possessori di abbandonare il possesso del loro podere per qualche pubblica causa, portavano apparentemente questa clausola, *non ostante tutte le vendite che fossero state fatte precedentemente, le quali resteranno nulle.* Essendo quindi in tal caso rescissa la vendita, compete all'acquirente la ripetizione del prezzo; ma quando la cosa sia perita, la vendita non viene perciò annullata. Anche quando non si ammettesse questa conciliazione, e che Africano fosse stato realmente di un sentimento al nostro contrario, detto sentimento di Africano, che trovasi riportato nel digesto incidentemente ad un'altra questione, dee cedere alle decisioni formali di altri giureconsulti nella legge 7 e nella legge 8. *ff. de peric. et comm. rei v.* ed alle decisioni degli imperatori, cioè di Alessandro, nella legge 1, e di Gordiano nella legge 4. *Cod. dict. tit.*; ed in fine di Giustiniano nelle sue *Inst. de empt. vend.* §. 4, che dice precisamente: *Emptoris damnum est, et tenetur pretium solvere.*

» Dopo avere stabilito che la cosa venduta sia a rischio del compratore tostochè il contratto di vendita ha ricevuta la sua perfezione, è mestieri esaminare quando il contratto abbia ricevuta la sua perfezione.

» Ordinariamente il contratto di vendita si considera esser consumato tostochè le parti siano convenute del prezzo pel quale sarebbe venduta la cosa. Tale regola ha luogo quando la vendita è di un corpo determinato, e che essa è pura e semplice. *Si id, quod venierit appareat quid, quale, quantumve sit, et pretium, et pure venit; perfecta est emptio, L.* 8. *ff. de peric. et comm. r. vend.*

» Se la vendita riguarda quelle cose che consistono *in quantitate*, e che si vendono a peso, a numero o a misura: per es. se siansi venduti dieci tomoli di grano, di quello che trovasi nel tale granajo; dieci mila libbre di zuccaro, un centinajo di carpioni ec., la vendita non è per verun conto perfetta, quando non sia stato misurato il grano, pesato lo zuccaro, numerati i carpioni; perchè fino a detto tempo, *nondum apparet quid venierit.* Non è ancora certo quale sia il grano, quale lo zuccaro, nè quali i carpioni che formano l'oggetto della vendita, poichè non deve essere che il grano che sarà stato misurato, lo zuccaro che sarà stato pesato, i carpioni che saranno stati contati.

» È vero che anche prima dell'esecuzione della misura, del peso, della numerazione, e nell'atto del contratto, esistono gli obblighi che ne derivano; il compratore ha da quel momento l'azione contro al venditore per farsi consegnare la cosa venduta, come il venditore ha l'azione pel pagamento del prezzo, offrendo di consegnarla. Quantunque però l'obbligo del venditore sussista da quell'epoca, con verità si dice che la vendita non ha tutta la sua perfezione, in questo senso, che non ha ancora se non un oggetto indeterminato, e che deve divenire determinato mediante la misura, il peso, o la numerazione. Quindi soltanto dopo che sarà stata eseguita detta misura, detto peso, detta numerazione, può divenire la cosa venduta a rischio del compratore; perchè il pericolo non può cadere che sopra una cosa determinata.

» Questa decisione ha luogo non solo quan-

do siasi venduta una quantità di mercanzie a prendersi in un magazzino ove ve ne può essere assai più; perchè in tal caso, come l'abbiamo osservato, finchè non sia stata fatta la misura, o il peso, ciò che è stato venduto non consiste ancora in alcun corpo determinato su cui possa cadere il rischio: essa ha luogo altresì nel caso in cui fosse stato venduto tutto ciò che esiste in un magazzino, in un granajo, se la vendita sia stata fatta in ragione di un tanto per ciascun cantaro, per ciascun tomolo ec.

» La vendita in tal caso non si considera punto perfetta e le mercanzie vendute non sono per verun conto a rischio del compratore, finchè non siano state misurate o pesate; conciosiachè sino a tale tempo, *non apparet quantum venierit*. Non essendo costituito il prezzo se non in ragione di ogni cantaro che sarà pesato, di ogni tomolo che sarà misurato, non vi è ancora alcun prezzo determinato prima dell'effettuata misura o peso; e per conseguenza la vendita prima di siffatto tempo, non è abbastanza perfetta acciò il rischio delle cose vendute possa spettare al compratore; egli non ne deve esser gravato se non dopo che le mercanzie saranno state pesate o misurate.

» Quando però non siano state vendute a peso o a misura, ma *per aversionem*, cioè tutto insieme per un solo e medesimo prezzo, in questo caso la vendita è perfetta dal momento del contratto, e da detto tempo queste cose, come tutte le altre, sono a rischio del compratore. Questi principj sono tutti dedotti dalla legge 35 §. 5, *de contr. empt.*

» Dal momento del contratto, essendo la cosa venduta a rischio del compratore, allorchè essa è venduta *per aversionem*, rimanendo al contrario detta cosa a rischio del venditore fino a che sia stata fatta la misura, quando è stata venduta *a misura*, importa sapere quando la vendita si consideri fatta *per aversionem*, e quando a misura: le seguenti regole lo faranno conoscere ».

» *Prima regola.* Non vi è dubbio che la vendita è fatta *a misura*, quando il prezzo è convenuto per ciascuna misura; sia che il contratto dica che si vendano tante misure di grani che sono nel tale granajo, a ragione di tanto a misura, sia che esprima che si vende un mucchio di grano che trovasi al tale granajo, il quale contiene dieci misure, in ragione di tanto a misura. Nell'uno e nell'altro caso, la vendita è fatta a misura: tutta la differenza consiste in ciò che, nel primo caso, il dippiù che si trovasse al di là delle dieci misure non è venduto; laddove nel secondo caso tutto il cumulo di grano è venduto, quantunque si trovi eccedere la quantità delle dette dieci misure ».

Seconda regola. Quando si vendono tante misure di una determinata cosa, la vendita non lascia di considerarsi fatta alla misura, sebbene i termini del contratto non esprimano che un solo prezzo; se per es. si dice che si vendono 50 tomoli di grano per 500 lire, questo prezzo è considerato non essere che il totale de' prezzi pe' quali è venduto ciascun tomolo. *Non interest unum pretium omnium metretarum an semel dictum sit, an in singulos eos*; *D. L.* 35: §. 7. ff. *de contr. empt.*

Terza regola. Allorchè si vende per un prezzo solo, non tante misuse di una cosa individuata, ma la tale cosa che si dice contenere tante misure, la vendita è fatta *per aversionem*, come quando si vende per la somma di mille lire il tale prato, che si assicura essere della estensione di venti jugeri; ed in conseguenza dall'epoca del contratto la cosa è a rischio del compratore; *L.* 10 §. 1. *de per.* L'espressione del numero degli jugeri, in questo caso non ha altro effetto che di obbligare il venditore a far ragione al compratore della mancante quantità, se si trovasse di meno ».

» Vi sono alcune cose le quali si vendono colla condizione di assaggiarle, come il vino, l'olio; ec. Queste vendite sono ancora meno perfette dalla parte del compratore, fino a che le cose vendute sieno state assaggiate, di ciò che non lo sieno le vendite delle cose fatte a misura, sin tanto che siano state misurate: avvegnachè in questa dal momento del contratto non dipende più dal compratore il sostenere che la vendita non abbia più luogo. Anche prima che le mercanzie siano state pesate o misurate, egli è obbligato del pari che il venditore ad eseguire il contrat-

to; ed il peso e la misura non sono necessarj che per determinare e fissare ciò che è stato veduto; laddove nelle vendite fatte colla condizione dell' assaggio, il compratore può non eseguire il contratto quando non trovi la mercanzia di suo gusto. *Alia causa degustandi, alia metiendi, gustus ad hoc proficit ut improbare liceat*; *L.* 34. §. 5. ff. *de contr. empt.* Queste vendite sono quindi, fino all' assaggio, assai più imperfette di quelle fatte a peso ed a misura; e per conseguenza in siffatte vendite le cose vendute non devono punto essere a rischio del compratore, finchè sia stato costituito in mora di fare detto assaggio.

» Giusta l' uso de' nostri tribunali, differente dal diritto romano, perchè il compratore sia costituito in mora, è d' uopo che il venditore abbia ottenuta la sentenza la quale ordini che il compratore farà l' assaggio nel tal giorno, ed in mancanza di ciò il contratto sarà eseguito puramente e semplicemente ».

» Si osservi anche esser necessario distinguere se il compratore ha stipulato che esso assaggerebbe la mercanzia per sapere se essa è di suo gusto, o sol per conoscere se è buona, sincera, mercantile e non guasta. Nel solo primo caso si può annullare li contratto, dopo che l'avrà assaggiata, dichiarando che non la trova di suo gusto; nell' altro caso non può ricusare la mercanzia, se essa è trovata buona ».

» Riguardo al vino, all' olio ed alle altre cose, delle quali si costuma fare assaggiare prima della compera, non ha luogo la vendita, finchè il compratore non le abbia assaggiate ed approvate. La vendita fatta col patto di preventivo assaggio si presume sempre fatta sotto una condizione sospensiva ».

» Quando una vendita sia stata contrattata sotto condizione, la perdita che succede per la deteriorazione della cosa durante il tempo intermedio tra il contratto e l'esistenza della condizione, cade sul compratore, se la condizione venga ad esistere. Imperocchè il venditore non è tenuto a consegnarla se non quale si trova, quando non sia per sua colpa che essa è stata deteriorata ».

La perdita però totale della cosa cade sul venditore; perchè la condizione che esistessè dopo la perdita totale della cosa, non può confermare la vendita di ciò che più non esiste ».

» Nelle vendite alternative, o che la scelta sia stata lasciata al venditore, o che sia stata accordata espressamente al compratore, la prima delle due cose che perisce dopo il contratto, perisce per il venditore, perchè quella che resta rimane *in obligatione*, ed esso è obbligato a consegnarla. Ma se quella che rimane perisce ella pure, essa perisce pel compratore, il quale rimane obbligato al pagamento del prezzo, quantunque più non esista alcuna delle cose vendute che possa essergli consegnata. »

» Se poi esse periscono contemporaneamente, il venditore resta del pari liberato dalla sua obbligazione, ed il compratore resta tuttavia debitore del prezzo, *L.* 34. §. 6. ff. *de contr. empt. Pothier. Trat. del contratto di vendita n.* 307. *a.* 312 *Vol.* 1.

Vedete inoltre il §. 2. *Decisione della Corte di Cassazione di Parigi de'* 11 *novembre* 1812.

» §. 5. Se al contrario le mercanzie sieno
» state vendute in massa, la vendita è perfetta,
» quantunque le mercanzie non sieno state
» ancora pesate, numerate o misurate. *Art.*
» 1431. *Leg. civ.*

In questa ipotesi, al dir di Cajo, si suppone il peso, la numerazione, e la misura della cosa venduta.

» Quod si vinum ita vinerit, ut in singulas ampheras: item oleum ut in singulas metretas: item frumentum, ut in singulos modios: item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur; quaeritur quando videtur emptio perfici; quod similiter quaeritur et de his quae numero constat (*ut oves*) si pro numero corporum pretium fuerit statutum: Sabinus, et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa, appensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in sigulas libras quas appenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris. *L.* 35. §. 5. *D. de contrahenda emptione.*

» Questa disposizione del nostro articolo,

osservano gli autori delle pandette francesi, conserva un principio incontrastabile, e che non ha dato mai luogo ad alcun dubbio; ma gli ultimi termini *quantunque* sono inutili, e possono altresì dar lungo ad errori. Bisognerebbe aggiungere *per un determinato prezzo*, altrimenti sembra risultarne che su tutte le mercanzie che sono in un magazzino, sono state vendute a ragione di tanto alla misura, o al peso, la vendita è perfetta prima ch'esse sieno state misurate o pesate. Intanto bisogna credere il contrario, perchè sino a tanto che la misura o il peso non sono ultimati, il prezzo non è certo *non apparet quantum venierit*.

» A questo caso deesi applicare l'articolo precedente, e non questo. Fa d'uopo perchè la vendita fatta in massa sia perfetta fin dalla sua origine, che sia fatta con un sol prezzo senza espressione di peso nè di misura. *L.* 35. §. 5. *D. de contrah. empt.* Si sarebbe dunque dovuto dire *senza che vi sia bisogno di misura*, *di conto*, o *di peso*. Così dee intendersi questo articolo. *Osservaz. all' art.* 1586. *del cod. civ.*

Vedete il §. 2. *Decisione della cassazione di Parigi de'* 11 *novembre* 1812.

» §. 6. Riguardo al vino, all'olio, ed
» alle altre cose le quali per usanza si as-
» saggiano prima della compra, non vi è
» contratto di vendita finchè il compratore
» non le abbia assaggiate ed approvate. *Art.*
» 1432. *Leg. civ.*

Se decorso il termine apposto ad assaggiare il vino, l'olio ec. può dirsi in mora il compratore, quando il venditore ne ha dato il motivo? Ulpiano decide per la negativa.

» Si quis vina vendiderit, et intra diem certum degustanda dixerit; deinde per venditorem steterit quo minus degusterentur (*scilicet intra diem statutam*; *quia cum emptor vellet degustare ante diem statutam venditor noluit*; *et ita ante diem coepit esse in mora et ab eo tempore coepit de omni periculo teneri ratione morae*: *pro priore tempore tenetur jure contractus*, *quia in genere fuit*) utrum praeteritum (*scilicet ante post moram suam*) duntaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debeat, an vero etiam die praeterito, ut si forte corrupta sint postea, quam dies degustandi preteriit, periculum ad venditorem pertineat; an vero magis emptio sit soluta quasi sub conditione venierit, hoc est si ante diem illum fuissent degustata? Et intererit quid actum sit. (*scilicet utrum puram quia conditionalem voluerit eam venditionem facere*) Ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici emptionem manere: periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem (*Et sic post diem et ante diem a tempore contractus praestat venditor periculum*) degustando praefinitum; quia per ipsum factum est. *L.* 4. §. 1. *D. de periculo et commodo etc.*

Casus. Si vendidit aliquis tibi vinum in genera vel ad mensuram, et actum sit, ut intra certum diem degustetur, et per venditorem steterit quominus degustetur, an teneatur venditor de periculo post moram, et ante moram ratione contractus, an magis contractus solutus quam conditionalis sit venditio? et responde: primo inspiciendum quid actum sit: puta an conditionalem venditionem voluerunt aut non. Si nihil apparet, periculum non solum post moram sed ante (cum per venditorem stetit quominus degustetur) spectabit ad eum scilicet ratione contractus quia vendidit vinum in genere: potest legi ut vendiderit in specie; sed haec planior est, nisi propter verba quae sunt in fine §., ibi, etiam interdum etc. quasi voluerunt ut non tantum teneatur de periculo post moram, sed ante: quod falsum est; quia vendito vino in specie statim est in periculo emptoris, vel dic quod in specie erat venditum, sed actum erat, ut de periculo teneatur venditor. »

Allorchè una quantità di vino è venduta senz'assaggio il deterioramento avvenuto senza colpa è in danno del compratore: è poi in danno del venditore sino al momento in cui doveva assaggiarsi, se mai questo assaggio fosse convenuto. Così Brunnemanno.

» Cum vinum in specie ad corpus venditur, non est actum ut degustetur, periculum deteriorationis sine culpa contingens ad emptorem pertinet. Venditor autem tenetur ad custodiam usque ad tempus asportationis praefinitum, aut subintellectum. Sed si actum, ut degustetur periculum deteriorationis pertinet

ad venditorem usque ad tempus quo debuit degustari. Collige, quando res fungibilis venditur per aversionem, periculum emptoris est. *Brunnemanni Comment. in Pand. ad L. 4. de periculo, et commodo etc.*

» Questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, non si dee indistintamente applicare. Se vi è stato atto di vendita, e che la convenzione sia costante sulla cosa ed il prezzo, si presume che il compratore abbia fatto l'assaggio e che abbia provato il vino o l'olio. Costui non può più ricusare di eseguirla, sotto il pretesto che non ha assaggiata la mercanzia. Egli non potrebbe lagnarsi se non nel caso in cui il vino che se gli consegnasse non fosse della qualità di quello che avrebbe comprato.

» Fa d'uopo dunque che la condizione dell'assaggio sia espressa nella vendita. Allora egli è padrone di ricusare il vino che gli viene offerto sul solo motivo, che non lo trova tal quale lo vuole.

» Vi sono ancora alcune circostanze nelle quali il venditore è sempre obbligato; e secondo il linguaggio delle leggi romane *multum interest quid actum sit.* Per esempio se io vi ho venduto sei botti di vino di Bonne della raccolta di tal anno, il rifiuto che voi date delle botti che io vi presento, perchè il vino non ha le qualità convenute, non mi libera. Io resto obbligato di darvene sei altre nelle quali esse si trovano. Non si può dunque dire che non vi sia vendita. *Osservaz. all'art. 1587 del cod. civ.*

Vedete il §. 2. *Decisione della cassazione di Parigi de'* 11 *novembre* 1812.

» §. 7. La vendita fatta col patto dell'as-
» saggio si presume sempre fatto sotto con-
» dizione sospensiva. *Art.* 1433. *Leg. civ.*

Quindi se la cosa venduta ed assaggiata dispiace, la vendita si risolve, al dir di Ulpiano, sotto condizione.

» Si res ita distracta sit, ut displicuisset, inempta esset; constat non esse sub conditione distractam sed resolvi emptionem sub conditione. *L.* 3. *D. de contrahenda emptione.*

Casus. Vendidisti mihi rem, ut si displicuisset esset inempta, dicitur quod hic non contrahitur emptio sub conditione, sed resolvitur sub conditione si displicuerit *Vivianus.*

Osserva Cujacio su questa legge l'indole del patto che ha luogo tra il compratore e 'l venditore.

» Difficultas hujus legis pertinet ad pacta inter emptorem et venditorem facta, ut hic tit. ostendit. In qua haec difficultas est, an emptio sit conditionalis, an vero resolutio emptionis sub conditione. Et placuit Jurisconsul. esse resolutionem emptionis sub conditione, quae sententia est Juliani in *L.* 2. *inf. pro empt.* Ut intelligatur utilitas decisionis conjungenda est haec lex cum *L.* 2. *inf. de in diem addict.* Ea enim lex ostendit quia emptio pura est, quae tamen sub conditione resolvitur, emptionem usucapere, fructus facere suos, accessiones lucrari, et periculum quoque rei emptae sustinere: quae omnia cessarent, si esset emptio sub conditione. Conjungenda quoque est h. L. cum *L.* 2. *de L. commis.* Nam lex commissoria est similis emptioni resolutae sub conditione. Objicitur §. *pen. Inst. de contrah. emp.* ubi quemadmodum est conditionalis emptio, ita videtur quoque esse conditionalis venditio. Responde formulas quae sunt utroque loco, facile indicare, hic esse resolutionem emptionis, illic autem emptione sub conditione; nam haec est formula in institutionibus *si Stichus tibi intra certum diem placuerit, erit emptus tot aureis*, quae manifeste continet exemplum venditionis conditionalis, ut Justinianus quoque exposuit. Formula autem quae hic proponitur non ad contrahendam emptionem spectat, sed ad resolvendam eam quae contracta est. *Cujacii Com. in tit.* 1. *de contrah. empt. ad L.* 3. *D.*

Secondo la legge 3. *D. de contrah. empt.* dicono gli autori delle pandette francesi, questa vendita è fatta sotto una condizione risolutiva, e non sospensiva. È costante, dice questa legge, che la vendita non è condizionale, ma solamente solubile sotto condizione: *constat non esse sub conditione distractam (rem) sed resolvi emptionem sub conditione.* In fatti il venditore non può ricusare di eseguire il contratto. La vendita a suo riguardo è pura, e semplice. La condizione non sarebbe sospensiva che pel compratore. Egli solo ha il dritto o la facoltà di rinunciare al contratto, se nel tempo sta-

bilito per l'assaggio la cosa non gli conviene. È dunque veramente piuttosto una condizione risolutiva che una condizione sospensiva.

» Ciò non ostante interessa di fissarsi sulla natura di questa condizione. Se è sospensiva non vi ha vendita per tutto il tempo stabilito per l'assaggio: per conseguenza non vi ha traslazione di proprietà. Ne segue che durante tutto questo tempo il venditore resta proprietario, e per una conseguenza ulteriore la cosa è a suo rischio.

» Il codice civile decide che la condizione è sempre sospensiva. Se questo vocabolo non si trovasse nel primo progetto e nel processo verbale si potrebbe credere che fosse errore di stampa, e che si dovesse leggere *risolutiva*. Nondimeno per assoluto che sia questo testo è impossibile di applicarlo al venditore. La vendita a suo riguardo è sospesa. Ella è perfetta. La clausola dell'assaggio è interamente, ed esclusivamente in favore del compratore. Il venditore s'impegna verso di lui a ripigliare la cosa, se questa non gli conviene, ed a rendergli il prezzo se è stato pagato, o a liberarnelo se non l'ha ancora pagato. Se questa condizione è sospensiva, il che è estremamente difficile di concepire, non lo è che pel compratore, e non può avere che l'effetto di una condizione risolutiva.

» Se poi la cosa vien data all'assaggio prima che siasi fatta la vendita, e sino a che non esiste che un progetto o una proposizione di vendere, la convenzione non è condizionale, ma solamente preparatoria; e neppure vi è vendita. *Osservaz. all'art.* 1588 *del cod. civ.*

» Nella vendita delle cose dice finalmente, Pothier, la cui qualità non può esser conosciuta bastantemente se non col mezzo della prova che se ne fa, come sarebbe un cavallo, un pendolo, un orologio; si usa sovente la clausola che la vendita si fa a prova, in forza della quale non avrà luogo il contratto se il compratore non è contento. Ulpiano c'insegna che queste vendite non sono condizionali, e che la clausola che esse contengono non è che risolutiva: *si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione, L.* 3, *ff. de contr. empt.*

» Con questa clausola, la quale è totalmente in favore del compratore, il venditore si obbliga verso il compratore a riprendere la cosa, se essa non gli conviene, ed a restituirgli il prezzo, se è stato pagato, diversamente ad esonerarnelo.

» Da detta obbligazione nasce un'azione a tal effetto, la quale compete al compratore contro al venditore, e che è un ramo dell'azione *ex empto*, poichè nasce da una clausola che forma parte del contratto.

» Allorchè in forza di tale clausola vi ha un tempo limitato durante il quale il compratore debba avere la cosa a prova, egli può durante tutto detto tempo intentare quest'azione; ma se lo lascia trascorrere senza averla promossa, non è poscia più ammissibile. Se colla clausola non si è limitato il tempo, il diritto romano fissa a sessanta giorni il termine entro cui il compratore può domandare lo scioglimento del contratto, *L.* 31, §. 22, *ff. de Ædil. ed.* Presso noi questo termine deve esser lasciato in arbitrio del giudice; ma deve esser breve.

» L'obbligazione risultante da questa clausola si estingue quando la cosa viene a perire; conciosiachè il compratore non può più dire che la cosa non gli conviene, allorchè essa più non esiste, nè può obbligare il venditore a riprenderla: questa clausola, come l'abbiam già fatto riflettere, essendo semplicemente risolutiva, la vendita fatta sotto detta clausola è perfetta, e quindi la cosa è restata a rischio del compratore.

» Non così sarebbe se prima che vi fosse stata una vendita perfetta, ma vi fossero state fatte delle semplici proposizioni, io avessi dato ad alcuno a prova per un certo tempo la cosa che mi proponeva di vendergli. In questo caso se essa perisce, perisce per mio conto, e quegli non è responsabile quando non abbia avuto luogo dal suo canto alcuna colpa; perocchè non essendovi ancora alcuna vendita, *res perit domino. Pothier. Trat. del contratto di vendita n.* 264 *e* 266 *Vol. I.*

» §. 8. La promessa di vendere equivale » alla vendita, quando esiste il consenso re-

» ciproco delle parti sulla cosa, e sul prez-
» zo. *Art.* 1434. *Leg. civ.*

Il consenso dei contraenti è l'unico, e principale requisito dei contratti di compra, e vendita; in modo che, ci fa riflettere Ulpiano, che senza di esso la vendita diviene imperfetta.

» In venditionibus, et emptionibus consensum debere intercedere palam est. Caeterum sive in ipsa emptione (*ut quia ego vendo, tu credis tibi donari vel e contra*) dissentiant, sive in pretio (*quia venditor de majori intelligit, emptor de minori, secus e contra*) sive in aliquo alio (*ut corpore vel materia*) emptio imperfecta est. *L.* 9. *D. de contrahenda emptione.*

» Fa d'uopo, dicono gli autori delle pandette francesi, essere ben riservato a prendere questo articolo in un modo assoluto, e riguardare indistintamente come una vendita perfetta qualunque promessa di vendere, per ciò che soltanto contiene la espressione del prezzo.

» Questa disposizione non debb' essere applicata che al caso indicato da suoi termini; cioè a quello in cui, come lo dice Dumoulin *In consuetud. par.* §. 78 *Glos.* 1. *n.* 81 *e* 82 *omnia ad substantiam actus requisita presta sunt.* Quando io prometto di vendervi una tal cosa, e che voi promettete di comprarla per tal prezzo, il tutto puramente e semplicemente, la promessa racchiude tutti i caratteri della vendita, e le due parti possono rispettivamente costringersi a scambievolmente eseguirla. Questa promessa ha tutti gli effetti del contratto di vendita.

» Fuor di ciò vi è una gran differenza tra la promessa di vendere, e la vendita. Se io prometto di vendervi una tal cosa per tal prezzo nel caso che vi converrà, non vi è ancor vendita. Il contratto neppure è sinallagmatico. Voi non siete obbligato di comprare. Io solo sono obbligato verso di voi; e potete costringermi a vendervi. Io non posso forzarvi a comprare. In conseguenza io resto proprietario, e la cosa è a mio rischio.

» Dee dirsi altrettanto delle promesse di comprare. *Osservaz. all' art.* 1589 *del cod. civ.*

Fa inoltre riflettere Maleville che » questo articolo mette fine ad una grande discussione fra i dottori, sostenendo gli uni che la promessa di vendere equivale alla vendita, e fa nascere l'obbligo della stipulazione del contratto; asserendo gli altri ch' essa tutto al più si risolve in un'azione di risarcimento di danni. Vedi Rousseau alla parola *Promessa*, Bretonnier tom. 1. lib. 4. quest. 40. L'articolo a me sembra che siegua le regole dell'equità.

» Non bisogna confondere la semplice promessa di vendere con una vendita fatta mediante scrittura privata, in cui le parti convenissero di stipularne poi pubblico istrumento. In questo caso si distingue. O le parti hanno avuto in animo, che la vendita dipenda dalla stipulazione del contratto, o hanno considerata questa stipulazione come una maggiore sicurezza del contratto medesimo. Nel primo caso la vendita è nulla, se una delle parti rifiuta di venire alla stipulazione: nel secondo caso è perfetta, e la parte che vuole il compimento della vendita non ha che a consegnare la minuta ad un notaro, o farla registrare per astingere l'altra parte ad eseguire il contratto. Il signor Portalis spiega ciò chiaramente. Boutaric nelle sue istituzioni è dello stesso avviso. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1589 *del cod. civ.*

Il consigliere di stato Portalis nella seduta de' 7 ventoso anno 12 esponendo i motivi della legge relativa alla vendita, esprime sull' oggetto lo stesso contenuto nelle parole, che poi han formato l'articolo in esame. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 69.

Tutto ciò ch'è pei relativo alla promessa di vendere viene in paragrafi diversi esaminato, distinto da Pothier nei termini seguenti.

§. I.

Cosa sia una promessa di vendere, e quando uno si considera averla contratta.

» Una promessa di vendere è una convenzione in forza di cui alcuno si obbliga verso un altro di venderli una cosa. Per es. se nel contratto di vendita della mia biblioteca che io ho stipulato con voi, vi è la clausola ch' io mi obbligo di vendervi anche i scaffali, quando essi vi convengano, e voi vogliate com-

perarli, questa clausola contiene una promessa di vendervi i scaffali.

» Vi è una differenza molto considerevole tra la promessa di vendere, e la vendita stessa. Quegli che promette di vendere una cosa, non la vende ancora: egli contrae soltanto l'obbligo di venderla quando voi lo richiederete.

» È mestieri di fare attenzione onde non prendere per una promessa di vendere, la dichiarazione che fa una persona dell'attuale disposizione in cui trovasi di vendere. Tale dichiarazione non contiene alcuna obbligazione, e lascia a colui che l'ha fatta, la libertà di cangiare di volontà fino a che sia stato conchiuso il contratto. Per es. se dopo avervi verbalmente venduta la mia biblioteca, io non ho detto formalmente e precisamente che mi obbligava a vendervi gli scaffali, ma soltanto, *io vi venderò inoltre i miei scaffali per la somma di tanto se vi convengono*; è questa una semplice dichiarazione della disposizione della volontà attuale in cui sono, e non una vera promessa.

» Perchè vi sia la promessa di vendere è mestieri che, quando voi mi avete detto o scritto che mi venderete la tal cosa, risulti chiaramente dai termini de' quali vi siete servito, che voi avete inteso obbligarvi, e che sia una vera convenzione quella che seguì tra me e voi; senza ciò è un semplice discorso che non importa alcuna obbligazione.

§. II.

Differenze del contratto di vendita, e della semplice promessa di vendere.

» Il contratto di vendita è un contratto sinallagmatico, mediante il quale ambedue le parti si obbligano l'una verso l'altra: ma la promessa di vendere è una convenzione in forza della quale si obbliga soltanto quegli che promette di vendere; quegli al quale è fatta la promessa non contrae dalla sua parte alcuna obbligazione.

» Colui che vende una determinata cosa, ne diviene debitore verso il compratore: detta cosa da qual momento resta a rischio del compratore cui essa è dovuta. Ma quegli che vi promette di vendervi una determinata cosa, non è ancora debitore della cosa medesima, esso è debitore solamente di un fatto. Quindi la cosa che egli ha promesso di vendervi continua ad essere a suo rischio: se essa viene a perire, egli soggiace alla perdita; voi non siete obbligato a pagargliene il prezzo; voi non glielo dovevate ancora, non avendola ancora comprata.

§. III.

Questione sull' effetto della promessa di vendere.

» Quando quegli che ha promesso di vendermi una determinata cosa, ricusi di eseguire la sua promessa, posso io precisamente obbligarlo ad adempirla, facendo ordinare che mancando egli di farmi il contratto di vendita che si è obbligato di stipulare a mio favore, la sentenza equivalerà al contratto di vendita, e che in virtù di detta sentenza mi sarà permesso di prendere la cosa, e farmene mettere al possesso? Ovvero, dietro la sua negativa, non posso io ottenere che una condanna dei danni ed interessi che saranno stimati ad una somma di danaro? Da una parte si dirà esser massima generale, che le obbligazioni le quali non consistono nel dare, ma nel fare, *quae non sunt in dando sed in faciendo*, si risolvono nei danni ed interessi, quando il debitore non soddisfaccia alla sua obbligazione, perchè *nemo potest cogi praecise ad factum*: quindi si dirà l'obbligazione risultante dalla promessa di vendere una cosa, non avendo tanto per oggetto la cosa, quanto il fatto, cioè la vendita della cosa, essendo una obbligazione *quae non in dando sed faciendo consistit*, giusta la detta massima, essa deve necessariamente risolversi in una semplice obbligazione dei danni ed interessi.

» Dall'altra parte si dirà che la regola, *nemo potest cogi ad factum*, e quella che le obbligazioni *quae in faciendo consistunt*, si risolvono necessariamente nei danni ed interessi, non ricevono applicazione che rispetto alle obbligazioni de' fatti esteriori e corporali, come sarebbe quella di colui che si fosse obbligato a copiarmi i miei scritti,

i quali fatti non possono supplirsi che in una condanna dei danni ed interessi. Ma il fatto che è l'oggetto di una promessa di vendere, non è un fatto esteriore e corporale della persona del debitore; esso può supplirsi con una sentenza, la quale ordinerà che non volendo il debitore eseguire il contratto di vendita, la sentenza terrà luogo del contratto. Questa opinione pare adottata nella pratica, siccome quella che è più conforme alla fedeltà che dee regnare tra gli uomini per l'adempimento delle loro promesse.

§. IV.

Delle differenti maniere con cui si fanno le promesse di vendere.

» Le promesse di vendere si fanno in differenti modi. 1.° Si fanno o con limitazioni di tempo o senza limitazione. Quando alcuno siasi obbligato a vendere una cosa entro un tempo limitato, spirato questo tempo egli resta liberato *ipso jure* dalla sua obbligazione, se nel suo decorso non è stato messo in mora di soddisfarla. Ciò è conforme alle massime stabilite nel nostro trat. delle obbl. *n.* 635.

» Quando io abbia promesso di vendervi qualche cosa senza alcun limite di tempo per essere esonerato dalla mia promessa, debbo ottenere contro di voi una sentenza che voi dichiarerete entro un tempo limitato dalla sentenza, se intendete di comperare, e che passato il detto tempo senza che abbiate fatta simile dichiarazione, io sia libero dalla mia obbligazione.

» Quantunque io non abbia ottenuto alcuna sentenza, se è trascorso un tempo considerevole, può risultarne una presunzione che le parti abbiano desistito tacitamente da tale convenzione.

» 2.° La promessa di vendere una cosa può farsi solo non esprimendo il prezzo per cui si obbliga a venderla, ma anche senza esprimerlo: in questo caso il debitore si considera essersi obbligato a vendere pel giusto prezzo, nel modo che verrà stimato dai periti de' quali le parti converanno. Questa obbligazione è valida, egualmente che il legato col quale un testatore impone al suo erede di vendere ad alcuno una cosa senza far menzione del prezzo, non lascia di esser valido, e di obbligare l'erede a vendere la cosa *aequo pretio*; *L.* 49 §. 8, *ff. de leg.* 1.° *Nec obstat* che non vi può esser vendita veruna senza un prezzo convenuto fra le parti; avvegnacchè la promessa di vendere non è ancora una vendita.

» Quando io abbia promesso di vendervi una cosa al giusto prezzo, ovvero, ciò che è lo stesso, senza fare alcuna menzione del prezzo, debbo io vendervela al prezzo che ella valeva al tempo della promessa, o a quello che valerà al tempo del contratto di vendita che ve ne farò? Io son di avviso che debba essere al prezzo che vale al tempo del contratto di vendita ch'io fo con voi; perchè solo in questo tempo se ne fa la vendita, e per conseguenza, avuto riguardo a questo tempo, devesi stimare se essa è fatta *aequo pretio.*

» Non ostante, se la cosa fosse aumentata di prezzo dopo che quegli il quale ha promesso di vendervi è stato messo in mora di adempire alla sua promessa in forza di una domanda giudiziale, egli non sarebbe ammesso a venderla più di ciò che valeva quando è stato dichiarato in mora; perchè voi non dovete soffrire dalla sua mora, ed egli non deve profittare.

» Quando il prezzo è fissato dalla promessa di vendere, qualunque sia la variazione sopraggiunta dopo questa promessa nel prezzo delle cose della di cui specie essa è, il venditore non è ammissibile a volerla vendere per un prezzo maggiore del convenuto, e del pari egli non è tenuto a venderla per un prezzo minore.

» Quando la cosa fosse stata notabilmente deteriorata da qualche caso fortuito, *puta*, se fosse stata incendiata dal fulmine una parte della casa che ho promesso di vendervi, avreste voi il dritto di obbligarmi a vendervi la casa, ed a farvi sul prezzo convenuto una deduzione proporzionata al detorioramento accaduto? Io penso che non vi sareste fondato; imperciocchè non mi sono obbligato di vendervela se non che per lo prezzo espresso dalla mia promessa, e non per un prezzo differente. Questa decisione non è contraria

a ciò che abbiamo stabilito *supra* §. 2, che colui che ha promesso di vendervi una cosa, non essendo ancora nè venditore nè debitore di questa cosa, deve questa essere a suo rischio, e non al vostro; attesochè essendo in vostro potere di non comperare la cosa, ella non è a vostro rischio, ma a rischio di colui che ha promesso di vendervela; poichè non comperandola, voi lo fate necessariamente soggiacere alla perdita arrivata su questa cosa.

» Quando sia sopraggiunto qualche accrescimento alla cosa che avete promesso di vendermi per un determinato prezzo, *puta*, per un alluvione, sareste voi obbligato di vendermi la cosa quale ella trovasi con detta alluvione? La ragione di dubitarne si è che questo incremento fatto al podere che voi avete promesso di vendermi, è considerato farne parte. Malgrado questa ragione, io penso che voi potete ritenere questo accrescimento, purchè io non offra di pagarvene il prezzo che sarà stimato. La ragione è che il profitto dell'accrescimento deve appartenere a colui a rischio del quale è la cosa; *Ubi periculum, ibi et lucrum L. fin. Cod. de furt. Secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi quem sequntur incommoda L.* 10. *de reg. jur.* Ora la cosa è a rischio di quegli che ha promesso di venderla, fino a che non è seguita la vendita; poichè se ella viene a perire ovvero a deteriorarsi, quegli cui esso ha promesso di venderla, può lasciargliela, e non comperarla. Egli quindi deve profittare dell'accrescimento, poichè sopra di lui caderebbe la perdita.

» Rispetto agli accrescimenti fatti dopo la promessa sul podere da quegli che ha promesso di vendere, può esso senza contraddizione trasportare ciò che può levarsi rimettendo la cosa nello stato in cui era al tempo della promessa; ma io non credo ch'ei possa esigere che quegli cui ha promesso di vendere il podere per un certo prezzo, gli computi queste spese, quantunque abbiano esse reso il podere più prezioso. Rispetto a questi deve aver luogo la stessa regola che si osserva riguardo ad un compratore di un fondo soggetto a *retratto*, al quale gli statuti ricusano il rimborso delle spese utili: non deve essere permesso più all'uno che all'altro di rendere il retratto o la compera più difficile e più costosa.

» Non ha luogo lo stesso rispetto alle spese necessarie che voi avete fatte per una cosa, dopo che avete promesso di vendermela per un dato prezzo, come sarebbe per es. la riparazione di un muro la cui ruina era imminente, e che fu mestieri demolire e rifabbricare di nuovo. Non v'ha dubbio che se voi mi vendete la cosa in adempimento della vostra promessa, io sarò obbligato a computarvi questa spesa; poichè è una spesa che voi non potevate dispensarvi di fare, di cui io profitto, e di cui non è giusto che io tragga vantaggio a vostre spese: ed io vi sono tanto più obbligato, che se voi non aveste fatta questa spesa, sarei stato obbligato a farla io medesimo.

» Per la stessa ragione se, quando io vi vendo la cosa che ho promesso di vendervi, sono pendenti i frutti, voi dovete rimborsarmi tutte le spese della coltivazione e delle sementi; conciossiachè queste spese sono pesi dei frutti, i quali devono essere portati da quegli che raccoglie detti frutti.

» Non hanno luogo tutte le anzidette questioni, quando la promessa di vendere non esprima il prezzo per cui sarà venduta la cosa.

Della promessa di comperare.

2 Siccome si può fare una promessa di vendere che non sia un contratto di vendita, così si può fare una promessa di comperare.

» Queste promesse di comperare sono ordinarie nelle vendite giudiziali, tanto di mobili quanto d'immobili, le quali si fanno dall'ultimo offerente all'incanto; perchè l'offerta che si fa all'incanto è una vera promessa di comprare, in forza di cui si è obbligato a comprar la cosa per lo prezzo portato dalla sua offerta; sotto la condizione che non vi sia esibizione maggiore della sua.

» Quest'obbligo si contrae verso la giustizia, o, per parlare più esattamente, si contrae in giustizia verso l'attore, e gli opponenti, ed anche verso il sequestrato: e si estingue *quasi ex defectu conditionis*, tosto che vi è stata una offerta maggiore.

» Le licitazioni fatte innanzi a notaj, contengono del pari una obbligazione o una promessa di comperare, la quale si annulla quando siasi ricevuta un'altra offerta maggiore.

» Non solo in forza delle offerte fatte all'incanto si contraggono le promesse di comprare; ma può obbligarsi verso alcuno di comperare una determinata cosa, mediante una semplice promessa che non sia la compera della cosa. Per es. se, allorchè sono per comperare un palazzo tutto guarnito di mobili, io ho una convenzione col rivenditore che ne ha fatta la stima, colla quale egli si obbliga verso di me di comperarmi entro l' anno tutti i mobili che io non volessi ritenere, per un prezzo di un decimo meno della stima che ne fu fatta; questa convenzione non contiene un contratto di vendita, ma una semplice promessa di comperare fattami dal rivenditore. Esso solo si obbliga verso di me; io non contraggo verso di lui alcun'obbligo, e sono padrone di conservar tutto, e di non vendere alcuno dei mobili che sono nel palazzo, ed anche di disporne a favore di altre persone.

» La promessa di comperare o contiene un tempo, o non ne contiene alcuno. Se ne contiene uno, quegli che l'ha fatta ne è sciolto alla fine di questo tempo, quando non sia stato costituito in mora di soddisfarvi: se non vi è alcun limite di tempo, bisogna che egli ottenga una sentenza per esserne esonerato, come l'abbiamo veduto *sopra n.* 480, rispetto alla promessa di vendere.

» Rispetto alla promessa di comperare contenuta nelle offerte fatte all'incanto, l'oblatore si considera aver voluto obbligarsi fino al tempo nel quale egli ha dovuto computare che verosimilmente avrebbe luogo l'aggiudicazione; onde se essa vien differita troppo lungo tempo in forza di subaste ch'ei non avesse dovuto prevedere, ha diritto a domandare che il giudice lo esoneri dalla sua offerta all'incanto; ma finchè egli non sia sciolto dal giudice, sussiste la sua obbligazione.

» La promessa di comperare, o contiene il prezzo per cui voi avete promesso di vendermi una certa cosa, ovvero non lo contiene. Se ella non lo contiene, la vendita deve farsi per lo prezzo che si troverà valere al tempo che si farà la vendita, e secondo che verrà fissato dai periti, siccome abbiam deciso nell'articolo precedente per la promessa di vendere: se il prezzo sia fissato dalla promessa, la vendita deve farsi per questo prezzo.

» Quando la cosa che voi avete promessa di comprarmi per un certo prezzo, è stata deteriorata, quantunque senza mia colpa, prima che siate stato costituito in mora, io non posso obbligarvi a comperarla per questo prezzo; imperocchè la perdita sopravvenuta in conseguenza del deterioramento di detta cosa, non dee cadere sopra di voi, che non ne siete ancora il compratore, ma sopra di me che ne sono il proprietario. La cosa non ha cessato di essere a mio rischio; perciocchè quantunque voi foste obbligato a comperarla, io era padrone di non venderla, e non ne era per conseguenza per verun conto debitore verso di voi.

» Dietro questa massima Lemaistre, nel suo Trat. degli incanti (*criées*), *cap.* 22, e Mornac, sopra la legge 58. *ff. de contr. empt.*, in conformità di Baldo decidono, che se dopo una offerta all'incanto ricevuta, in forza di un caso fortuito è stato deteriorato il podere, *puta*, da un incendio, o da un temporale che abbia abbattuta una gran quantità di alberi, l'oblatore ha diritto di domandare di essere sciolto dalla sua offerta, quando non si anteponga di diminuire sulla sua offerta ciò che verrà stimato dai periti valer di meno il podere.

» Quando poi il deterioramento sia tale che quegli il quale si è obbligato a comperare, non solo non avrebbe voluto comperare a così alto prezzo, ma verosimilmente non avrebbe voluto comperare affatto, non potendo più servire la cosa per l'uso che voleva farne, egli deve essere esonerato intieramente dalla sua promessa.

» Noi abbiamo detto, purchè la cosa sia stata deteriorata prima che quegli che ha promesso di comperare la mia cosa sia stato costituito in mora di comperarla; perchè se il deterioramento ha avuto luogo dopo, esso deve comperarmela per lo prezzo convenuto, o se non si è convenuto del prezzo, per quello che essa valeva allorchè è stato dichiarato in mora: conciossiachè io non devo essere pre-

giudicato dalla sua mora; ed in ciò consistono i danni ed interessi che ne risultano.

» Quando voi vi siate obbligato a comperare da me una casa per un determinato prezzo, e che dopo l'assunto impegno e prima che siate stato messo in mora, vi siano state delle straordinarie indispensabili riparazioni, posso io obbligarvi a comperare la casa pel convenuto prezzo, ed a farmi ragione delle dette riparazioni oltre del prezzo? No: se io però veggo che mediante le spese da me fatte, la casa vale assai più del prezzo per cui voi mi avete promesso di comperarla da me, io son padrone di conservarla: ma non posso esigere da voi che la compriate per un prezzo più caro di quello espresso nella convenzione, benchè essendo riparata la casa, comperandola voi profittiate di dette riparazioni: imperocchè non essendovi obbligato ad acquistarla che per quel prezzo, non avendo che questa somma ad impiegarvi, io non posso da voi esigere di più; voi in ciò non mi recate pregiudizio, poichè io sono padrone di ritenere la casa.

» Relativamente alle spese fatte pei frutti che si trovassero pendenti al tempo della vendita che vi farò del podere che vi siete obbligato di comperare, quando voi non vogliate rimborsarle, dovete consentire che vendendovi il podere, io mi riservi questi frutti perchè questa spesa essendo un peso de' detti frutti i quali non si stimano che *deductis impensis*, voi non potete averli senza pagare le spese. *Pothier. Trat. del contratto di vendita Vol.* 2. *n.* 476. *a* 495.

Stipulato l'istrumento sulla vendita de' beni in generale senza che questo contratto si fosse ultimato coll'adempimento de' patti convenuti per parte del venditore, dopo la di costui morte i figli possono essere obbligati a rilasciare il fondo venduto? La suprema corte di giustizia a 27 settembre 1823 decise per la negativa.

» *Fatto*. Con istrumento de' 6 ottobre 1817. Vito Magaldi vendè tutti i suoi beni a D. Giuseppe Nicola de Filippis, col patto della ricompra, e con diversi altri patti, e condizioni.

» Trapassato il venditore, e non avendo i di lui eredi adepiuto alle obbligazioni del contratto anzidetto il signor de Filippis adì il tribunale di Basilicata, il quale con due sentenze de' 19 luglio 1819 e 31 gennaro 1820 confermò i periti eletti dalle parti nel suddetto istrumento, a' quali ordinò di prelevare dall' intiero valore de' fondi controvertiti, tanto le doti della defunta D. Donata Vultorini moglie del signor Magaldi che ducati 600 donati anche in contemplazione di matrimonio da D. Giuseppe Egidio Magaldi. Il tutore D. Francesco Magaldi appellò dalle suddette sentenze, sostenendo tra l'altro, che l'istrumento era nullo per difetto di forme. Nè appellò incidentemente il signor de Filippis.

» La gran corte civile di Napoli con decisione de' 18 dicembre 1820 in contumacia del signor Magaldi dimise il signor de Filippis dall'appello principale, ordinando l'esecuzione delle sentenze appellate; e si riserbò di pronunciare sull'appello incidente quando co' mezzi legali fosse ritornato al di lei esame l'appello principale del signor Magaldi, ovvero quando si fosse formato il giudicato. Questa decisione fu intimata nel dì 16 dicembre 1820 a D. Alessandro Toscani patrocinatore destinato dal signor Magaldi coll'appello.

» Nel dì 4 maggio 1821. D. Biagio Maria Marinelli qualificandosi patrocinatore del tutore signor Magaldi produsse opposizione contro la mentovata decisione contumaciale, sostenendo di essere stata malamente intimata al signor Toscani, mentre nel dì 17 novembre 1820 vi era stata una posteriore costituzione in pesona di D. Pasquale de Marinis, a cui era egli succeduto.

» La stessa gran corte con decisione de' 27 giugno del suddetto anno dichiarò non essere obbligati li figli, ed eredi di D. Vito Magaldi a vendere in beneficio di D. Giuseppe Nicola de Filippis i beni ereditarj del loro genitore; salve però allo stesso signor de Filippis le ragioni di credito nascente dalla dichiarazione di D. Vito Magaldi del dì 6 ottobre 1817; per la consecuzione del quale ordinò di provvedersi in un novello giudizio, come di diritto. Rigettò poi l'appello incidente prodotto dal signor de Filippis; e solo facendo diritto sulle usure richieste pendente la soddisfazione del suo credito, dichiarò do-

versi al medesimo gl'interessi alla ragione del 5 per 100 netti, dal primo settembre 1818.

» Il signor de Filippis impugnò tale decisione con ricorso nella corte suprema di giustizia. Egli allegò: 1.° Che si era violato l'articolo 515 delle leggi di procedura civile per essersi dato luogo all'appello avverso due sentenze interlocutorie; 2.° Che si era violato l'articolo 251 delle suddette leggi per essersi ammesse le opposizioni, scorsi gli otto giorni dalla intimazione della decisione di congedo al signor Toscani: 3.° Che nel supporsi, che l'istrumento de'6 ottobre 1817 doveva considerarsi come una carta privata, e non già come un'atto pubblico, si era violato l'articolo 1271 delle legge civili, non che l'articolo 2081 delle stesse leggi valendo anche per vendita la promessa di vendita; quando esiste il consenso reciproco delle parti sulla cosa, e sul prezzo, giusta l'articolo 1434 delle stesse leggi: 4.° Che erroneamente si era indicata nella decisione impugnata la notifica fatta al principale signor Magaldi nel dì 24 aprile 1821 per far trovare le opposizioni prodotte a tempo nel dì 4 maggio, dappoichè detta notifica serviva per la esecuzione a'termini dell'articolo 240 delle leggi di procedura, e non mai per lo decorso de'fatali alle opposizioni, e che in conseguenza si eran violati i suddetti articoli 240 e 251 delle leggi anzidette: 5.° Finalmente si era violato l'articolo 507 delle stesse leggi nell'essersi rigettato l'appello incidente prodotto dal ricorrente avverso le due sentenze del tribunale civile, colle quali avrebbe dovuto ordinarsi il possesso de'beni a favore del compratore, giusta i patti apposti nell'istrumento di vendita.

» Udito il rapporto ec. ec., ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per l'annullamento della decisione impugnata pei soli mezzi desunti dal merito.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso: visti gli articoli 249 e 251 leggi della procedura.

» *Sul rito.*

» Attesocchè i fatali a produrre le opposizioni avverso la sentenza pronunziata contro una parte, che abbia costituito patrocinatore, non decorrono, che dalla notificazione fatta al patrocinator contumace. Da qui è, che la decisione di congedo interposta dalla gran corte civile nella causa tra i minori Magaldi, e de Filippis; dacchè non fu mai intimata al signor Marinelli patrocinatore costituito, fuor di proposito si parla di decorso dei fatali, e di decadimento. Perciò avendo la gran corte dichiarata ammessibile la opposizione, si è perfettamente confermata al suddetto articolo 251.

» Attesocchè comunque fosse vero, che la sentenza definitiva sia quella, che termina la lite, e non possa quindi una controversia unica deciders' in parte *L.* 19. §. 1. *de receptis qui arb.* ma sullo stesso principio è anche vero, che se le dimande sieno moltiplici, può il giudice sulla sua saviezza definirne una, e rimetter l'altra al tempo, che creda più opportuno alla economia della causa, ed al bene della giustizia *L. pen. Cod. de sententiis, et interlocut. L.* 4. *princip. D. de receptis qui arb. L.* 29. *de verb. obl.* sul dettame di coteste legge nulla impediva alla gran corte pronunziare sul rigetto dell'appello principale, e rimettere ad altro tempo la discussione dell'appello incidente di de Filippis. Anche perchè nel caso di appello incidente, come la decisione interposta colla parte presente, può trovarsi in collisione colla sentenza, che può emettersi in contraddizione della parte contumace, ed indi opponente, il decidersi, o no sull'appello incidente nella non comparsa dell'altra parte, non può rimanersi al prudente arbitrio del giudice.

» *Sul merito.*

» Attesocchè nel contratto di compra vendita, è ammessa nell'attuale legislazione, ugualmente che l'era nell'antica legislazione il patto commessorio, e l'addizione *in diem.* E comunque nell'antica legislazione, *L.* 4. *D. de pignorat. act.* come nella nuova articolo 2078 si è vietato disporre del pegno pel non seguito pagamento, è pur vero, che ciò avea, come ha luogo, ove senz'apprezzo si fosse convenuto rimanere aggiudicato il pegno a compenso del credito: ma il patto si sosteneva, qualora si fosse convenuta l'aggiudicazione pel giusto prezzo. Regola, che compresa nell'articolo 1952 bene si applica, come nella vendita, così nel pegno. Sicchè non opportunamente la gran corte negando all'atto

del dì 6 ottobre 1817 il carattere di vendita, e riportandolo all' idea di pegno, l' ha riprovato per lo patto commessorio, a malgrado che si fosse detto, che l' aggiudicazione dovea seguire pel prezzo, che stimavano gli esperti.

» D' altronde la corte suprema osserva, che nell' atto in contesa si conviene la vendita di tutt' i beni mobili, e stabili, senza specificarli: si dicono i beni medesimi onnosj ad ipoteche, ed affezioni dotali, e ciò si cenna con espressioni vaghe senza nomi, e somme. Vale a dire, ch' era incerto così il prezzo, come la cosa, che si prometteva di vendere; requisiti essenziali al contratto di compra vendita, che generalmente non si verifica, ove manchino. Oltre a ciò l' istrumento trovasi così mal redatto nella forma, e nell' espressioni, che accogliendolo, lungi di fare un bene ad alcuna delle parti, si sarebbero buttate queste in un seminario di liti, che il magistrato, per quanto è possibile, dee allontanare dalle famiglie.

» Considera inoltre, che il patto di ricompra riservato a Magaldi non era nè rimesso, nè limitato a tempo. Quindi tanto è negarsi alla ricezione del prezzo per la vendita, che renderla subito per la ricompra. Da qui è, che non essendosi ultimato il contratto in vita di Egidio Magaldi, ed essendosi il tutore de' figli di lui ricusato alla vendita, la domanda di de Filippis rimane esclusa dall' atto medesimo, che s' invoca.

» Si osserva finalmente che sebbene nell' atto controverso si fosse Magaldi dichiarato debitore di de Filippis di ducati 600 e tomoli 9 di grano, da ritenerlo nel prezzo de' fondi; pure essendosi convenuto nell' istrumento, che volendo esso signor Magaldi pagar parte del debito, e dare il supplimento in una quota del fondo denominato *Piano di Magaldi*, ciò lo rimettea ugualmente nella libertà di liberarsi dal debito, assegnando non tutt' i fondi, ma parte di un fondo solo.

» Avendo perciò la gran corte dichiarato non obbligati, pel suddetto contratto, i figli di Egidio Magaldi a vendere tutt' i beni del padre loro a de Filippis, colla riserva al medesimo di ripetere il suo credito, nascente dalla dichiarazione compresa nell' atto sopra menzionato, mentre così rese omaggio alle leggi relative a' contratti di compra vendita, fece salvo il diritto di tutte le parti.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema non disapprovando le considerazioni della decisione impugnata, rigetta il ricorso; libera il deposito al regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese, liquidate in ducati 16 e grani 71 oltre il costo della spedizione. »

» §. 9. Se la promessa di vendere siasi
» fatta con caparra, ciascuno de' contraenti
» è in libertà di recedere dal contratto; que-
» gli che l' ha data perdendola, e quegli che
» l' ha ricevuta restituendo il doppio. *Art.*
» 1435. *Leg. civ.*

Giustiniano riguarda la caparra come un argomento della vendita convenuta.

» Quod arrhae nomine datur argumentum est emptionis, et venditionis contractae. *Institut.* §. 1. *lib.* 3. *tit.* 24 *de empt. et vendit.*

Quindi Vinnio su l' autorità de' dottori osserva, che la vendita contrattata senza caparra non possa rivocarsi senza il comune consenso dei contraenti, laddove, quella convenuta colla caparra possa rivocarsi a condizione, che questa si perda dal compratore quando egli voglia recedere dal contratto, e si pagli il doppio dal venditore quando egli se ne allontani.

» Concedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi a negotio sine communi consensu non posse: ceterum si arrhae intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum poenitentiae dari, cum contractus jam perfectus est, et posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatus. *Vinnii Instit. lib.* 3. *tit.* 24. *de emptione, et venditione n.* 13.

Perezio distingue le circostanze quando si ha nel soggetto caso la caparra non come prezzo della vendita, ma come un argomento del prezzo convenuto.

» Arrha quae intervenire solet frequentissime in hoc contractu non est pretium, sed argumentum pretii conventi; seu datio alicujus rei in corroborationem contractus, ut ab eo recedi parte invita nequeat. Si autem sint arrhae datae, inchoata, necdum tamen impleta emtione, ab ea recedere licet, ita tamen ut

emtor recusans perficere contractum, perdat quod arrhae nomine dedit, venditor autem duplum ejus quod accipit reddere cogatur §. 1. *Institut. h. t. L. pen. Cod. de sponsalib. et L. 17. Cod. de fide instrum.* dico necdum impleta; nam emtione per conventionem absoluta, si alterutrum contrahentium poeniteat, minime ab ea recedere licere, nequidem cum arrharum dispendio, verior est sententia; sed praeter amissionem vel restitutionem arrhae ad implementum contractus agendum est. *L. 2. Cod. quando liceat ab emt. rec. Perezii Praelect. in lib. 4. Cod. n.* 20.

Giustiniano dettò uniformi sanzioni su gli effetti della caparra così in rapporto al compratore che la perde, come in rapporto al venditore che la dee restituire nel doppio, allorchè l'uno, o l'altro volesse recedere dal contratto.

» Si quae arrhae super facienda emptione cujuscunque rei datae sunt sive in scriptis, sive sine scriptis, licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat; tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, et quis emere pactus est, ab emptione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum denegända. *L. 17 §. ult. Cod. de fide instrument.*

Osserva poi Maleville che a in questo articolo si tratta di caparre date in sulla semplice promessa di vendere, e non di quelle date dopo la consumazione della vendita. Quando la vendita è perfetta, non si ha più l'arbitrio di rivocarla perdendo o raddoppiando la caparra, laddove si può benissimo sciogliersi dall'obbligo di mandare ad effetto una vendita semplicemente promessa, allorchè si voglia soggiacere alla perdita della caparra. Vedi Boutaric nel principio tit. instit. *de empt. et vend.* il quale riporta una sentenza di Tolosa del 25 giugno 1733. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1590. *del cod. civ.*

Che sarà a dirsi se il contratto non ha luogo per un avvenimento indipendente dalla volontà di amendue le parti, come se la cosa è perita per caso fortuito o è messa fuori commercio? La promessa di vendita, risponde Delvincourt, accompagnata da caparra debb'essere in generale riguardata come fatta sotto la condizione sospensiva *si iterum consenserint.* Or qui non può esservi consenso su di una cosa che più non esiste: in conseguenza non può esservi vendita, e le caparre debbono restituirsi. *Delvincourt. Corso di cod. civ. vol.* 8. *nota* 35. *al tit.* 2.

» Vi sono due specie di caparre, dice più dettagliatamente Pothier, quelle che si danno all'epoca di un contratto solamente progettato; e quelle che dannosi dopo il contratto di vendita conchiuso ed approvato.

§. I.

Delle caparre le quali si danno prima che sia conchiuso il contratto.

» Queste caparre che si danno per un contratto solamente proposto, e prima che sia stato conchiuso, formano la materia di un contratto particolare, in forza del quale colui che mi dà una caparra consente di perderla e di trasferirmene la proprietà, in caso di negativa dalla sua parte di conchiudere il contratto proposto; ed io mi obbligo dal mio canto a restituirla in duplo, nel caso di eguale rifiuto dalla mia parte; *L. 17. Cod. de fide Instr.*

» Questa convenzione essendo della natura del contratto di caparre, non è necessario che sia espressa; il solo fatto col quale una delle parti, all'atto di un contratto proposto e non ancora stabilito, dà qualche cosa all'altro a titolo di caparra, contiene tacitamente questa convenzione, quantunque le parti non siansi spiegate, *d. L.* 17.

» Questo contratto è un contratto reale; perchè non può aver luogo alcun contratto con caparra, senza un fatto, che è la tradizione della caparra.

» In questo contratto, quegli che riceve la caparra è quello che si obbliga verso l'altro, quegli che la dà non contrae propriamente alcuna obbligazione; esso però trasferisce con tale contratto la proprietà della caparra che consegna, nel caso e sotto la condizione che egli ricusasse di conchiudere il proposto contratto.

» Ha luogo ciò, quando la cosa che egli deposita per caparra in mano dell' altra parte è una cosa che gli appartiene, e di cui possa in conseguenza trasferire la proprietà: ma se mi ha data per caparra una cosa che non gli

appartiene punto, contrarrebbe egli l'obbligazione della garentia verso di me? Dipende ciò dal sapere sotto quale aspetto si debba ravvisare il titolo di quegli che riceve la caparra. Quando sia un titolo lucrativo, non vi è luogo a garentia: *Lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione depellitur*. Paolo *sentent.* v. 10, 5. Ma può egli essere considerato come un titolo lucrativo? È vero che colui che mi ha data la caparra non ha ricevuto niente in compenso; io non ho sborsata cosa veruna per averla: Se io però non ho sborsato nulla, ho contratto una obbligazione reciproca verso colui che me l'ha data di rendergliela in duplicato nel caso in cui la negativa proceda dalla mia parte. In ricompensa di detta obbligazione che io ho contratta, ch'era equivalente al valore della caparra che voi mi daste, io ho le dette caparre; io dunque non le ho a titolo lucrativo. Il contratto di caparra per verità non è propriamente del numero dei contratti *commutativi*; ma è del numero dei contratti *di scambievole interesse da una e dall'altra parte*: non è un titolo lucrativo, e per conseguenza porta l'obbligazione della garentia.

» Quegli che ha ricevuta la caparra, obbliga, nel caso che ei rifiuti di conchiudere il proposto contratto, a restituire a quegli che la diede il doppio della somma ricevuta per caparra, quando sia una somma di denaro ciò che ha ricevuto; o quando sia un'altra cosa, a restituire la cosa, e di più il valore di essa a termini della stima fatta da periti eletti di reciproco consenso.

» Quando poi sia per iscambievole consenso che non si faccia il contratto, perchè la perdita della cosa che ne formava l'oggetto, o il cangiamento considerevole in essa sopravvenuto, impedisca di potere conchiuderlo, quegli che ha ricevuta la caparra deve restituirla, e nulla più. Quando il contratto sia stato conchiuso, ei deve egualmente restituirla; a riserva che, se è una somma di danaro ciò che gli è stato dato per caparra, egli può ritenerla imputandola sul prezzo dovutogli dal compratore che gliela diede.

» Infine quegli che ha ricevuta qualche cosa per caparra, si obbliga ad usare la premura conveniente per la conservazione di detta cosa: egli deve essere risponsabile della colpa leggiera, facendosi il contratto con caparra per l'interesse di ambidue i contraenti.

§. II.

Delle caparre dopo il contratto.

» Queste caparre si sogliono dare dal compratore al venditore, per servire di prova che il contratto è stato conchiuso e fissato. Perciò Cujacio le definisce, *quod ante pretium datur, et fidem facit contractus facti, totiusque pecuniae solvendae*.

» Esse non sono dell'essenza del contratto di vendita, che può farsi senza veruna caparra, potendo le parti procacciarsi altre prove fuori quelle che risultano dalle caparre.

» Di questa specie di caparre che si danno *in argumentum contractus facti*, parla la legge 35. *ff. de contrah. empt. Quod saepe arrhae nomine datur non quasi sine arrhis conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.*

» Le caparre che dà il compratore consistono alle volte in una somma di danaro; in questo caso esse si considerano date a conto del prezzo che il compratore si obbliga a pagare; e devono esservi imputate. In Francia il popolo chiama questa specie di caparre *danaro d'addio*, perciocchè questa moneta viene data dal compratore al venditore, allorchè le parti, dopo aver conchiuso il loro contratto, si separano e si dicono *addio*.

» Qualche volta il compratore dà per caparra tutt'altra cosa fuorchè del danaro. I romani praticavano di dare per caparra *un anello* 1. 5, §. 15, *ff. de inst. act. Plin. lib.* 33, *cap.* 1. In questo caso il venditore ha diritto di ritenere come una specie di pegno la cosa che gli è data per caparra, fino a che sia stato pagato intieramente. Allorchè è stato intieramente pagato, egli deve rendere al compratore la cosa che ha ricevuta per caparra. La legge 11, §. 6. *ff. de act. empt.* attribuisce in questo caso al compratore l'azione che chiamasi *condictio sine causa*, per la ripetizione delle caparre; *quia jam sine causa*, dice la legge, *apud venditorem esset anulus*. Essa aggiunge che egli può ripeterla in forza dell'azione *ex empto*.

» Vi è questione tra i dottori se, allorchè dopo il contratto di vendita conchiuso e stabilito, il venditore ha ricevute le caparre, pos-

sa ciascuna delle parti essere astretta dall'altra all'adempimento della sua obbligazione, e condannata, mancando di adempirla, in tutti i danni ed interessi risultanti dall'inadempimento dell'obbligazione, come se non si fossero date le caparre; ovvero se è in potere del compratore di esimersi dal suo obbligo offrendo di perdere le caparre che ha date, ed in quello del venditore di desistere similmente dal suo, offrendo le caparre in duplo. Fachineo, *lib.* 11 *controv.* 28, ed i dottori da lui citati, hanno adottata quest'ultima opinione. Essi si appoggiano su ciò che al *tit. de empt. vend. princ.*, e nella legge 17. *Cod. de fide inst.*, Giustiniano dice che il compratore il quale ricusa di eseguire il contratto deve perdere le caparre, e che il venditore che lo ricusi deve restituire il doppio. La legge, dicono questi autori, avendo fissati alla perdita delle caparre i danni ed interessi risultanti dall'inadempimento della obbligazione dell'acquirente, ed alla restituzione delle caparre in doppio per la mancanza del venditore, le parti non ne possono pretendere altri. Dando e ricevendo le caparre, si considera essersi le parti contentate di questa specie di danni ed interessi, ed avere rinunciato a tutti gli altri, anche a tutte le altre azioni che potrebbero avere l'una contro l'altra per l'esecuzione del contratto. Weissembach, *in paratitlis ad d. tit. ff. de cont. empt. n.* 9; e Vinnio *ad d. tit. Instit.* rigettano con ragione questa opinione; e dicono che i testi opposti non devono intendersi se son delle caparre date per un contratto solamente proposto, e non ancora conchiuso. Sembra abbastanza certo che la legge 17 non parli che di questa specie di caparre; essa concerne il caso di un contratto non ancora conchiuso, e che le parti differivano a concludere fino a che fosse steso in iscritto. Il testo delle instituzioni, quantunque oscuro ed ambiguo, non deve similmente intendersi che di questa specie di caparre: le parole *Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum*, fan vedere ad evidenza che il contratto pel quale si sono date le caparre in questo caso, è un contratto che si sarebbe potuto impunemente non eseguire, se non si fossero date le caparre, e per conseguenza un contratto non ancora fatto e terminato, ma solo a farsi e progettato. Perciò i termini che vengono in seguito, *sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*, devono intendersi in questo senso, *celebrari coepta est*, come lo spiega Vinnio, *in not. ad h. tit.*; e questi, *is qui recusat adimplere contractum*, in questo senso, *id est qui recusat perficere contractum*; Vinnio *ibid.* Nel caso di queste caparre date per un contratto semplicemente progettato e non conchiuso, è chiaro che il compratore il quale non vuole conchiuderlo resta esonerato colla perdita della sua caparra, e che non può essere astretto al pagamento del prezzo, poichè non essendo conchiuso il contratto, egli non ha ancora contratta l'obbligazione di pagare. Per la stessa ragione, non si può domandare altra cosa che la restituzione del doppio delle caparre alla parte che le ha ricevute, poichè essa non era ancora obbligata alla tradizione della cosa. Altrimente però deve essere la cosa, quando le caparre sono state date dopo che è stato conchiuso e stabilito il contratto. Il compratore può essere in questo caso astretto al pagamento del prezzo, poichè egli vi è obbligato; e per la stessa ragione il venditore può essere costretto a consegnare la cosa; e non potendo consegnarla, può essere condannato al risarcimento di tutte le spese, danni ed interessi del compratore, senza che alcuno di essi possa esonerarsi dalla sua obbligazione, quantunque l'uno offra di perdere la sua caparra, e l'altro di pagarla duplicatamente. Sarebbe assurdo che in questo caso le caparre essendo date per la convalidazione del contratto, per renderlo più certo e più conosciuto, si volesse dar loro l'effetto di distruggere il contratto, distruggendo le obbligazioni che ne procedono, ed i diritti ed azioni che ne risultano. Vinnio, il quale è del nostro sentimento, appoggiato alla parola di Paolo, dice che l'opinione contraria è praticata in Francia. Io non mi sono accorto di tale pratica, ed opino che questi autori, poco a portata di sapere la nostra pratica, hanno errato sul fatto in questo punto. Despeisses, autore francese, segue il sentimento di Vinnio, *part.* 1, *tit.* 1, *sez.* 19.

» Quantunque il compratore il quale dopo conchiuso e stabilito il contratto ha data la caparra, abbia ricusato di eseguire il contratto e di pagare il prezzo; non ostante ciò, quando egli sia stato astretto a pagarlo, e che effettivamente lo abbia pagato, non deve perdere la sua caparra, ma deve questa essergli restituita; ovvero, se è una somma di denaro, deve essere imputata sul prezzo; conciossiachè nel solo caso d'inadempimento del contratto per sua negativa, esso deve perdere detta caparra; ma quando egli ha pagato, benchè vi sia stato costretto, il contratto è eseguito.

» Vi è maggiore difficoltà quando effettivamente il venditore non ha eseguito il contratto, ma è stato condannato, per non averlo eseguito, ai danni ed interessi del compratore. Io opino che anche in questo caso il compratore non possa pretendere che la semplice ripetizione della sua caparra, e non la restituzione del doppio: avvegnacchè la restituzione della doppia caparra essendo una pena che tien luogo dei danni ed interessi risultanti dall'inadempimento del contratto, il compratore si farebbe pagare doppiamente di una stessa cosa, se dopo essere stato soddisfatto intieramente dei suoi danni ed interessi, si facesse altresì restituire il doppio della sua caparra: la qual cosa è contraria a questa legge di equità: *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*, *L.* 57. *ff. de R. J.*

» Una questione ci rimane. Quando sia incerto se il contratto per cui siensi date le caparre, sia stato conchiuso e stabilito, ovvero si sia soltanto progettato, cosa dee presumersi? Io rispondo: quantunque le caparre si diano in prova del contratto conchiuso e fissato, *in argumentum venditionis contractae*, esse nondimeno, poichè si danno anche per contratti solamente progettati, non possono da se sole formare una prova sufficiente della conchiusione del contratto, se non vi sono altre prove. Ciò dee dipendere dalle circostanze. Le caparre che si danno nel caso di un contratto semplicemente progettato, dandosi colla sola idea d'impegnare le parti ad eseguirlo; cioè, quegli che le ha date, pel timore di perderle, e quegli che le ha ricevute pel timore di restituirle in doppio; ne segue che quando ciò che è stato dato per caparra è qualche cosa di niuna considerazione, queste specie di caparre non possono certamente essere considerate quali caparre di un contratto solamente progettato, ma devono al contrario considerarsi come caparre della seconda specie, vale a dire, che sono state date per servire di prova e di testimonianza del contratto conchiuso e stabilito. Perciò quando nelle nostre campagne i paesani danno per caparra del loro contratto un soldo marcato, qualche volta anche un quatrino solamente, ossia la quarta parte di un soldo, che essi chiamano *denaro dell'addio*, queste caparre debbono tenersi come caparre della seconda specie.

» Tutto ciò che abbiam detto delle caparre che si danno nel contratto di vendita, può applicarsi a quelle che intervengono negli altri contratti. *Pothier. Trat. del contratto di vendita Vol.* 2. *n.* 497. *a* 500.

» §. 10. Il prezzo della vendita debbe es-
» ser determinato e specificato dalle parti.
» *Art.* 1436. *Leg. civ.*

Così Giustiniano.

» Pretium autem constitui oportet; nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum esse pretium debet. *Institut. lib.* 3. *tit.* 24. §. 1. *in princ.*

Vinnio espone che la sostanza della compra, e vendita consiste nel prezzo; ma osserva, che questo si ha per certo, quando risulta espressamente costituito.

» Quemadmodum sine re, quae venest, nulla emptio intelligitur *L.* 8. *h. t.* ita nec sine pretio quod vicissim praestetur, emptio esse potest. *L.* 2. §. 1. *eod. L.* 1. *de rer. perm. L. pacta conventa* 72. *h. t.* ubi Papinianus ait emptionis substantiam consistere ex pretio. Itaque non valet emptio quae donationis causa contrahitur. *L. cum in venditione* 36. *L. si quis.* 38. *eod.* aut cum dicis causa: pretextu pretii quaesito, res venditur uno numero *L. si quis.* 46. *locat.* quae non vera, sed imaginaria venditio est. *L. nuda* 55. *d. L. si quis.* 38. *h. t. L. immaginaria* 16. *de reg. jur.* Plane, si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res viliore pretio, licet donationis causa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam

si hujusmodi venditio facta sit inter virum, et uxorem *d. L.* 38. In pretio duo desiderantur; unum, ut id certum sit; alterum ut constituatur in pecunia numerata.

» *Certum esse pretium debet.*) Quamdiu pretium incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat: *habebis rem emptam quanti postea aestimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Enimvero si traditio secuta sit, volunt doctores inde resultare contractum innominatum, quam sententiam probat Fachineus 2. *controv.* Bus. in *L.* 1. *de rer. permut.* contra Pinel. *part.* 2. *rubr. de rese. vend.* Gomez. 2. *resol. num.* 9. Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo constat per relationem ad rem certam, veluti si ita dicat venditor: *quanti tu emisti*, *quantum pretii in arca habeo.* Nam licet hic pretium in praesentia occultum sit, et apud contrahentes incertum, re tamen ipsa, et in veritate certum, definitumque est. *L.* 7. §. *ult. h. t.* Bene Justinianus: *Quae per rerum naturam certa sunt, non morantur obligatione, licet apud nos incerta sint* §. *pen. sup. de verb. obl.* Quid ergo si venditor sic dixerit: *Res tibi erit empta justo pretio*, *aut eo pretio*, *quod justum declarabitur?* Adhuc imperfectum negotium videtur; quoniam et justi pretii modus incertus est; quippe quod constitui non potest, nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una, et aequabili forma non continetur. Ita post doctor. comm. Pinell. *d. part.* 2. *n.* 19. *et seq.* Gomez. *d. loc. n.* 9. Surd. *decis.* Mant. 82. *n.* 14. Fachin. 2. *controv.* 1. Assentior autem Surdo *d. decis. in fin.* et D. Tuldeno *comm. hic. cap.* 4. qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publice pretium constitutum est, ut saepe panis, vini, frumenti, carnium, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quam illud ipsum, quod publice determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id quod certum est. Et hinc infert Gomez. *d. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici, et similium rerum factum eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die, vel tempore. *Vinnii Instit. lib.* 3. *tit.* 24. *de empt. et vend.* §. 1. *n.* 1. *et* 2.

Il prezzo debb' esser certo nella vendita, perchè questa si abbia per valida. Aggiungiamo all' oggetto le ragioni, e gli esempj dati da Duareno.

» Non satis est de pretio convenisse inter emptorem et venditorem, sed oportet de certo pretio convenisse, alias venditio nulla est, ut satis expressum est in *Instit. tit. de empt. et vend.* exempla hujus rei duo reperiuntur sub hoc titolo *L. emptio* §. *hujusmodi* Ego a te emo fundum illum quanti tu emisti: forte ex alio instrumento apparet quanti emptus est valet venditio, si non appareat nulla est venditio. Simile est quod dicitur in *L. quod saepe* 35. §. 1. Si vendidero tibi fundum quanti aequum putaveris, non valet venditio: oportet enim certam quantitatem definitam esse, ut valeat venditio. Pretium autem dari non est necesse, sed oportet convenire de pretio *L.* 2. *hic.* etsi pretium non sit numeratum valet tamen emptio ex qua datur ultro citroque actio, tam emptori adversus venditorem, ut rem venditam tradat, quam venditori adversus emptorem ut pretium solvat. *Duareni in tit. de contrah. empt. cap.* 3. *de pretio.*

Più estesamente queste dottrine sono riunite da Pothier in particolare articolo. Egli dice.

» La seconda cosa ,, dopo trattata la prima che riguarda l'oggetto della vendita ,, si è che vi sia un prezzo convenuto tra le parti; *sine pretio nulla venditio est. L.* 2. §. 1. *ff. de contr. empt.* Perciò se una persona mi vendesse una cosa pel prezzo che gli è costata, e si trovasse per avventura che la cosa nulla gli è costata perchè a lui donata, non vi sarebbe alcuna vendita; perchè non vi sarebbe verun prezzo; *L.* 37. *ff. d. tit.*

» Il prezzo necessario per formare un contratto di vendita, deve avere tre qualità 1.° dev' essere un prezzo vero; 2.° certo, e determinato; 3.° deve consistere in una somma di danaro.

§. I.

Della prima qualità del prezzo.

» Il prezzo deve esser vero e convenuto colla intenzione che possa esigersi: e perciò se alcuno mi vendesse una cosa per una determinata somma, e che nel contratto me ne facesse la remissione, questo atto non sarebbe una vendita, ma una donazione, *cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere L. 36. ff. d. tit.* La ragione si è che il prezzo, che è nella essenza del contratto di vendita, è un prezzo vero che l'acquirente si è obbligato di pagare. Ciò risulta dalla definizione del contratto di vendita che abbiam data al n. 1.° Or in questo caso l'acquirente non è stato mai obbligato di pagarne il prezzo portato dall'atto, poichè si suppone che gliene sia fatta la remissione al momento della redazione dell'atto. Non vi è dunque vero prezzo, nè per conseguenza contratto di vendita.

» Non così è però se la remissione del prezzo fosse stata fatta *ex intervallo*, perchè in simil caso vi è stato un prezzo che l'acquirente si è effettivamente obbligato di pagare, ciò che basta pel contratto di vendita, *non (enim) pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem, L. 2. §. 1. ff. de cond. empt.*

» Un prezzo che non ha alcuna proporzione col valor della cosa venduta, non è un vero prezzo; *puta*, se si vendesse un podere considerevole per uno scudo; imperciocchè non essendo il prezzo altra cosa che la stima fatta fra i contraenti del valor della cosa, una somma che non abbia alcuna proporzione col valore della stessa, non può considerarsi per una stima vera, e per un vero prezzo. Un simile contratto non è quindi una vendita, ma una donazione falsamente qualificata col nome di vendita, la quale dev'esser soggetta a tutte le formalità delle donazioni, e non può esser valida che tra persone che possono donarsi.

» Non è però mestieri che la somma convenuta corrisponda precisamente al giusto valore della cosa: avvegnachè il prezzo nel contratto di vendita non è precisamente il vero valor della cosa, ma la somma cui l'hanno stimata i contraenti, e può accader benissimo ch'essi faccian questa stima troppo bassa. Perciò quando la somma convenuta non sia da nulla, e che non abbia alcuna proporzione col valor della cosa, quantunque essa sia inferiore, il contratto non lascia perciò di esser un vero contratto di vendita, di cui siffatta somma è il prezzo.

» Quindi, allorchè il venditore ha voluto gratificare l'acquirente, acconsentendo che il prezzo venisse fissato in una somma inferiore al giusto valore, ciò non impedisce che non sia questo un vero contratto di vendita: *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: toties enim dicimus in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est: quoties vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. L. 35. ff. d. tit.*

» Ciò nondimeno si può dire che il contratto in tal caso non sia puramente e perfettamente contratto di vendita, ma di una natura mista, che partecipa in qualche parte della donazione, e che malgrado ciò, avuto riguardo alla principale intenzione de' contraenti, è un contratto di vendita piuttosto che una donazione.

» Similmente la inferiorità del prezzo non impedisce che non sia un vero contratto di vendita, quando le parti ignoravano il giusto valore, o allorquando il venditore, quantunque conoscendo il giusto valore, si è trovato astretto dall'urgente bisogno che aveva di danaro, di vendere la sua cosa per la somma che gli veniva offerta, quantunque inferiore al suo giusto valore. Questo contratto però, benchè secondo il rigore del dritto sia valido e produca tutte le obbligazioni che nascono dal contratto di vendita, è un contratto iniquo, ed il compratore è obbligato nel foro della coscienza di ripararne la ingiustizia, supplendo ciò che manca al giusto prezzo. Anche nel foro civile qualche volta le leggi vengono in soccorso del venditore con la rescissione, allorchè la lesione è enorme; come lo vedremo.

» È da osservarsi che acciò un contratto di vendita fatta a vil prezzo sia valido, è

mestieri che il compratore non sia persona cui fosse proibito al venditore di donare; altrimenti la viltà del prezzo fa presumere che la intenzione delle parti sia stata di fare una donazione, ed il contratto non è valido. *V. infra. art.* 3. §. 3. *n.* 39. (*Riportato nel* §. 2.)

§. II.

Seconda qualità del prezzo.

» Il prezzo che è della essenza del contratto di vendita deve essere un prezzo certo e determinato: non è però necessario che sia assolutamente determinato, basta ch'ei debba divenirlo, e che non sia lasciato all'arbitrio di una sola delle parti.

» Per siffatta ragione è valido il contratto di vendita, allorchè io vendo una cosa pel prezzo che verrà stimato da un terzo; semprechè però si effettui che il detto terzo, di cui siamo già convenuti, ne facci la stima; imperciocchè se questi ricusasse di farla, ovvero morisse prima di averla fatta, non vi sarebbe veruna vendita, come lo decide Giustiniano nell'ultima legge, *Cod. de cont. empt.*, atteso che non vi è verun prezzo. Non essendo convenute le parti che di quel che stabilirebbe la detta terza persona, non si può accertare che esse abbiano voluto in sua mancanza riportarsi alla stima che farebbe un'altra persona: esse han potuto non aver confidenza che in questa. Secondo questo principio per decreto del parlamento di Bordeaux, citato da Automne, *ad L. fin. Cod. de contr. empt.*, un venditore in questo caso venne assoluto dalla dimanda del compratore che voleva obbligarlo a convenire da un altro perito.

» Se il terzo di cui son convenuti i contraenti ha fatta una stima, la quale però sia apertamente ingiusta, non vi sarà del pari veruna vendita, ed è la stessa cosa come se non avesse fatta alcuna stima. Conciossiachè i contraenti riportandosi alla sua perizia, hanno inteso non una stima puramente arbitraria, ma una stima *tanquam boni viri*, una stima giusta. È questo il sentimento della Glossa, *ad. d. l.* il quale è più equo di quello di Despeisse, il quale sostiene doversi stare alla stima qualunque ella sia, e si appoggia su questa parola dalla legge; *Omnimodo secundum aestimationem pretium solvatur.*

» Quegli pertanto dei contraenti che pretenderà tale stima essere ingiusta, potrà dimandare che sia fatta a sue spese una nuova stima da periti nominati giudizialmente: e se da questa stima ne risulta che quella fatta dalla persona cui i contraenti eransi riportati, è ingiusta, essa sarà nulla, e per conseguenza sarà pur nullo il contratto di vendita. Del resto come la stima delle cose ha una certa estenzione, non basterà per far dichiarare iniqua quella fatta dalla persona delegata, che sisvi una tenue differenza tra questa stima e la nuova ordinata dal giudice; ma bisogna che sia considerevole. Questa differenza però dev'ella essere della metà come lo vuole la Glossa, ovvero di un terzo, o di un quarto? Io opino che ciò debba esser lasciato all'arbitrio del giudice.

» Similmente si può vendere una cosa per lo prezzo che essa verrà stimata dai periti dei quali converranno le parti. Se in tal caso il prezzo non è determinato al tempo del contratto, basta che lo debba divenire colla stima che ne sarà fatta.

» Alcuni interpreti pretendono che tale contratto sia un contratto *innominato*, il quale dà luogo all'azione *praescriptis verbis*, e che imita soltanto il contratto di vendita, anzichè esserlo effettivamente: ma queste sottili distinzioni di contratti non sono affatto ammesse nel nostro diritto francese, e non sono in alcun uso nella pratica.

» Vi ha maggiore difficoltà allorchè dicesi soltanto che si vende una cosa *per lo prezzo che essa vale*. Siccome però le convenzioni debbono essere interpretate *magis ut valeant*, *quam ut pereant*, si dee reputare che in forza di tali parole le parti siano convenute del prezzo che verebbe stimato dagli esperti de' quali esse converrauno, come nel caso precedente.

» Fabiano *del Monte*, nel suo trattato *de empt. vend.*, il quale trovasi nella prima parte del 6.° vol. della grande collezione, fol. 53, *retro.* propone la questione di sapere, se la convenzione colla quale fosse detto che io vi vendo una tal cosa pel prezzo che mi verrà

offerto, contenga un valido contratto di vendita? Egli la decide per l'affermativa; e fonda il suo sentimento sulla legge *fin. cod. de jur. emphyt.* la quale non può applicarsi alla questione. Io non credo che una tale convenzione debba essere ammessa come contratto di vendita nei tribunali; essa darebbe luogo a troppe frodi. Il compratore potrebbe interporre una persona che offrisse un prezzo molto basso per avere la cosa a vil prezzo, ed il venditore potrebbe interporne una che offrisse un prezzo molto alto per venderla cara assai. Altronde il venditore che non volesse mantenere il contratto, potrebbe occultare al compratore le offerte che gli fossero state fatte. Non si può quindi ammettere tale convenzione come contenente un contratto di vendita. Si potrebbe piuttosto considerarla come una convenzione colla quale il proprietario del fondo si obbligherebbe verso l'altra parte di accordarle la preferenza, allorchè lo volesse vendere; e quest'obbligo lo inabiliterebbe a vendere ad un altro, se prima non avesse avvisata questa parte del prezzo che gli fosse offerto, colla intimazione di dichiarare entro breve termine, se essa intende comprare alle proposte condizioni.

» Ella è una maniera di vendere molto praticata nella nostra provincia d'Orleans, di vender cioè il vino della propria raccolta al prezzo che i vicini venderanno il loro. Tale contratto è valido, perchè il prezzo, benchè incerto al tempo del contratto, diverrà certo e fisso colla vendita che ne faranno i vicini: e quantunque i vicini vendono a differenti prezzi, non sarà perciò meno certo; atteso che si considera che le parti abbiano convenuto in questo caso del prezzo medio fra questi differenti prezzi.

» Se si vendesse una cosa pel prezzo che una delle parti vorrà stabilire in seguito, la vendita sarebbe nulla *L.* 35. §. 1. *ff. de contr. empt.*

§. III.

Della terza qualità del prezzo.

» Il prezzo per cui si vende una cosa dee consistere in una somma di denaro che il compratore si obbliga di pagare al venditore; se consistesse in qualsivoglia altra cosa, il contratto non sarebbe una vendita, ma piuttosto una permuta. *Emptionem rebus fieri non posse pridem placuit L.* 7. *Cod. de rer. permut.*

» Quando però oltre la somma di danaro convenuta il compratore si obbligasse di dare inoltre, per supplimento del prezzo, qualche altra cosa, o di fare qualche cosa, il contratto non lascerebbe di passare per un contratto di vendita: *Si vendidi tibi insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres; agam ex vendito ut reficias: si hoc solum ut reficeres, non intelligitur emptio venditio. L.* 6. §. 1. *ff. de act. empt.*

» Ci rimane ad osservare che quando in forza del contratto le parti han convenuto di una somma di danaro pel prezzo della compra, benchè in seguito il compratore, abbia data in pagamento un'altra cosa senza pagar la menoma somma in danaro, il contratto non lascia di essere e rimanere contratto di vendita. *Non enim pretii numeratio sed conventio perficit emptionem. Pothier Trat. del contr. di Vendita n.* 16 *a* 30.

Nella già nostra corte di cassazione con decisione de' 26 agosto 1812 si consacrò la teoria che nel contratto di compra, e vendita il prezzo si reputa certo per legge, malgrado che quello originariamente stabilito dai contraenti, possa per clausola del contratto accrescersi accidentalmente in progresso.

» *Fatto.* La causa si è agitata fra il signor Ferdinando Rocchi, Diodato, Francesco, e Carlo Antonio Anzellotti.

» Nel dì 28 novembre 1792 con atto notariale Pompeo padre de' suddetti fratelli Anzellotti, pel prezzo di ducati 100 vendè alcuni pezzi di terra a Giacomo Rocchi, da cui ha causa Ferdinando, col patto della ricompra, da eseguirsi fra 'l termine di anni sei, decorrendi dal giorno della stipula. Si soggiunse nel contratto, che non seguendo la ricompra nel termine stabilito, in tal caso i beni venduti apprezzar si dovessero da due periti eligendi di comune consenso, coll'obbligo al compratore di pagarne l'ulterior quantità, se il prezzo veniva ad elevarsi a somma maggiore.

» È un fatto, che successivamente a questo contratto i beni suddetti furono locati allo stesso venditore, per l'annuo estaglio di ducati 5.

» A 31 maggio 1800 il venditore Pompeo Anzellotti depositò la somma di ducati 100, e domandò di essere ammesso all'esercizio della ricompra, sostenendo che la scadenza del termine non doveva essergli di ostacolo, 1.° per la impossibilità, in cui era stato di far valere i suoi dritti in mezzo alla guerra del 1799, e l'anarchia che successivamente seguito a turbare la tranquillità di quella provincia; 2.° perchè seguito ancor non era il convenuto apprezzo de' beni venduti; 3.° perchè la vendita fatta da lui non solo era enormissimamente lesiva, ma era benanche simulata, non contenendo nel fondo, che un contratto feneratizio, in conseguenza l'atto per doppio rapporto era nullo; e che quindi l'elasso del termine ivi contenuto non era produttivo di alcun' effetto legale.

» In questa causa, che prima fu dedotta nella corte locale di Popoli, e quindi in grado di gravame nella Gran corte della vicaria, non vi era sentenza definitiva ancora, quando in gennajo 1809 sopravvenne l'organizzazione del nuovo ordine giudiziario.

» Il tribunale di prima istanza di Aquila, ove la causa fece passaggio, con sua sentenza disse, che stante l'elasso del termine di anni sei, si escludessero i fratelli Anzellotti dall'esercizio del patto di ricompra.

» Appello per parte di costoro. La corte di Lanciano con sua decisione de' 28 agosto 1811, riformando la sentenza, ordinò che il deposito in ducati 100 fatto dal fu Pompeo Anzellotti si liberasse a beneficio del compratore Rocchi, e che i fratelli Anzellotti non fossero molestati in conseguenza del contratto di vendita stipulato dal fu di loro padre.

» La corte decise così, avendo considerato, 1.° che il contratto, di cui è quistione, presenta l'idea di una doppia vendita, l'una perfetta e consumata, ma soggetta a risoluzione, se tra un sessenio il venditore avesse voluto farne la ricompra; l'altra libera e perpetua, ma da perfezionarsi e consumarsi in caso di non seguita ricompra, mercè l'apprezzo de' beni da farsi per mezzo di periti comunemente eligendi; 2.° che se gli Anzellotti fra il termine convenuto di sei anni non ne avevano fatta la ricompra stipulata a lor profitto, il compratore Rocchi dal suo canto neppure si era dato la pena di farne eseguire l'apprezzo, che diffinitivamente dovea compierne la vendita; 3.° che il notorio squallore delle giurisdizioni in mezzo a' difficili tempi di guerra e di anarchia, che in quella provincia corsero dalla fine dell'anno 1798 all'anno 1800, suggeriva delle sufficienti scuse agli Anzellotti, se alla scadenza del termine suddetto non si erano presentati in giustizia, per ottenere la ricompra de'loro fondi, mediante il deposito della somma ad essi sborsata.

» Ricorso per cassazione per parte di Rocchi. I mezzi possono ridursi a tre.

» 1. Che essendosi da'contraenti fissato il prezzo nella somma di ducati 100, la vendita di cui si tratta, devesi considerar perfetta sino dalla sua origine, ma sommessa al patto di ricompra; e che questa originaria natura del contratto, non rimase affatto alterata colla obbligazione, che il compratore assunse, di pagarne l'ulterior valuta, nel caso che scorso il termine della ricompra, da' periti allora eligendi, ne fosse stato elevato il prezzo primitivo a somma maggiore: che se fosse altrimenti, si dovrebbe dire, che nella specie presente il dominio della cosa venduta fosse tuttavia rimasto presso il venditore, non ostante che ne fosse già seguita la tradizione nelle mani del compratore; la qual cosa per legge implicherebbe contraddizione, D'onde poi derivava la conseguenza, a senso del ricorrente, che la corte abbia snaturato il contratto e violata la *L.* 31. §. 22. *ff. de aedilit. edicto*, per aver dichiarato, che il contratto suddetto contenga una doppia vendita; perfetta e consumata l'una, ma soggetta a ricompra; l'altra assoluta e perpetua, ma da perfezionarsi colla valutazione de' periti.

» 2. Posto una volta, che la vendita, di cui si tratta, perfetta per sua originaria natura, fu semplicemente sommessa al patto di ricompra, ne segue, diceva il ricorrente, che la corte abbia violato non meno la citata legge 31. §. 22. *ff. de aedilit. edicto*, che le *L.* 2. e 5. *ff. de pact. inter emptor. et venditor.* ammesso avendo, che il patto di ricom-

pra esercitar si poteva dal venditore oltre il termine convenuto, sol perchè il compratore omesso avea di provocare l'apprezzo de' beni vendutigli.

a 3. Finalmente, che la corte sia caduta in un manifesto errore di fatto, ammettendo 1. che il contratto di cui è quistione, fu stipulato a'28 dicembre 1792; mentre ne seguì la stipula a'28 novembre di quell'anno: 2. che alla scadenza del termine della ricompra, gli Abruzzi fossero tuttavia involti nell'anarchia, mentre a quell'epoca erasi ivi stabilito il buon ordine.

a Ciò posto si sono elevate le seguenti quistioni.

a 1. Un contratto di vendita, in cui siasi convenuto, che il prezzo stabilito tra le parti sarà diffinitivamente valutato nella quantità, che a determinato tempo verrà fissata da' periti, per legge può dirsi perfetto? In altri termini: il prezzo, stabilito in origine da' contraenti, che per clausola del contratto dovrà successivamente esser portato alla quantità, che ne sarà fissata da' periti eligendi, per legge può darsi prezzo certo?

» 2. A' termini della *L.* 26. *ff. ex quib. caus. major. vigintiquinque annis in integr. restituantur*, e della prammatica sotto il titolo *de pacto de retrovendendo*, l'anarchia, che giusta la dichiarazione fatta dalla corte di appello, sturbò dalla fine dell'anno 1798 all'anno 1800 il regolar corso della giustizia negli Abruzzi, è un giusto motivo di restituzione in intiero, per l'ulteriore esercizio del patto di ricompra, che a quell'epoca sarebbe venuto a scadere?

a Udito il rapporto del signor giudice Ricciardi, il signor Leopoldo Mascitelli avvocato del ricorrente Rocchi, ed il signor Camillo de Marinis avvocato de' fratelli Anzellotti: ed inteso il procuratore generale cavalier Poerio, il quale ha preso le seguenti conclusioni. a

» Signori.

» Per rispondere al ricorso per cassazione prodotto da Ferdinardo Rocchi, conviene definire preliminarmente la natura del contratto passato nel 1792 fra Pompeo Anzellotti, e l'abbate Giacomo Rocchi. Furono i tre fondi venduti col patto della ricompra da esercitarsi fra sei anni, e dove un tal patto non si fosse esercitato fra il tempo convenuto, si stabilì, che il venditore avrebbe avuto solamente dritto a domandare il dippiù del prezzo, che sarebbe stato estimato da' periti comunemente eligendi. Il contratto dunque ha due parti; nella prima, sebbene si faccia una compra e vendita col patto della ricompra, pure per la somiglianza, che questi contratti hanno co' contratti di pegno, e per la circostanza particolare di non essersi allora convenuto il prezzo giusto della cosa venduta, deve esso aversi come un anticresi; la seconda contiene una vendita *pro pretio aestimando* da' periti. Unendo insieme queste due parti del contratto del 1792, esso può essere definito come una vendita aggiunta ad un contratto di pegno. La figura di questo contratto è in termini identici riportata dalla *L.* 16. §. *ult. ff. de pign. et hypot.* - *Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.* Questo contratto dunque è espressamente preveduto dalla legge, e come tale non vi è nulla in esso, che possa essere improbato. a

a Ciò posto vediamo per quali motivi la corte di appello di Lanciano, rivocando la sentenza del tribunale di prima istanza di Aquila, abbia annullato il patto, che restringeva l'esercizio del dritto di ricompra fra sei anni, ed abbia ammesso l'esercizio di un tal dritto anche dopo il termine convenuto. La corte ha detto: »» Considerando, che il divisato contratto de'28 dicembre 1792 ne presenta l'idea di una doppia vendita, la prima pura perfetta e consumata, ma soggetta a risoluzione ogni volta che il venditore tra un sessenio avesse voluto ricomprarsi i fondi alienati, e la seconda libera e perpetua, ma da perfezionarsi e consumarsi nel caso della trascuranza dell'esercizio della ricompra, colla valutazione, che dovesse allora farsi di quei terreni da' periti comunemente eligendi. »

a Ma la corte di appello in questa considerazione ha avuto per vero, che la vendita si sarebbe perfezionata quando si fossero eletti i periti. Ma questa considerazione è erronea,

perchè la vendita fatta pel prezzo da estimarsi è perfetta dal momento, in cui le parti hanno convenuto, e se la quantità del prezzo non è espressa, la legge non lo considera per questo meno certo, poichè la definizione della quantità è conferita nell'arbitrio di certe persone, ossia è fissata da un patto delle stesse parti contraenti.

» La corte in secondo luogo ha detto: »» Considerando quindi, che il notorio squallore delle giurisdizioni in mezzo a quei difficili tempi di anarchia e di guerra, che massime in questa provincia corsero dalla fine del 1798 al 1800, suggerisce delle sufficienti scuse agli Anzellotti, perchè molti mesi dopo scaduto il termine convenuto, si presentarono a chiederne in giustizia dal Rocchi la restituzione de' narrati poderi, depositandone il valore ricevuto. »

» Ma questa considerazione non è più solida della prima, poichè quale legge ha pel corso della guerra del 1799 dichiarata intermessa l'azione delle leggi, l'esercizio de' dritti civili? Se le leggi del governo, che succederono alla rivoluzione, riconobbero come validi tutti gli atti fatti in quel periodo, se noi abbiamo tutto giorno sotto gli occhi giudicati de' tribunali fatti in quell'epoca, contratti, transazioni di parti, come le reputeremo per un' intervallo di silenzio, il quale interrompe il corso delle prescrizioni? La corte di appello di Lanciano dunque ha dato un effetto agli avvenimenti del 1799 contrario a quello, che le leggi di quell' epoca, e le posteriori stabilirono. »

» Invano si è allegata dal signor Anzellotti la prammatica unica *de pacto de retrovendendo.* Questa legge, che dichiarò interrotti i termini delle prescrizioni ne' patti di ricomprare per le circostanze della guerra dal 1528 al 1530, non è una legge generale, e non è applicabile se non al caso per cui fu fatta.

» In terzo luogo la corte ha detto: »» Considerando che neppure esso compratore, passato il termine anzidetto, si diè pena alcuna di domandare l'eseguimento della mentovata seconda pattuita vendita, e che gli Anzellotti furono i primi a chiamare esso lui in giudizio per l'adempimento di quel patto. »

» La corte in questa terza considerazione ha continuato a ragionare sul medesimo errore stabilito nella prima, cioè, che la vendita per essere perfetta abbisognava della perizia degli esperti, e che il compratore stesso dovea procurarla. Ma il compratore avea per se il titolo della compra, e l'omissione per sua parte di pagare il dippiù del prezzo, che sarebbe forse stato valutato, non lo metteva in mora in faccia al venditore, del cui interesse era il provocarlo. I motivi dunque della decisione della corte di appello non la giustificano; vediamo ora quale sia la sussistenza de' mezzi per cassazione prodotti. Nel primo, e nel secondo si dice violata la legge, ed il patto per la erronea definizione del contratto, e per la proroga data all'esercizio del dritto di ricomprare. L'uno, e l'altro sono sussistenti, come si rileva da tutte le osservazioni sinora fatte. » ..

» Il terzo attacca una circostanza di fatto: ed è quella che la corte ha detto essere stata la vendita stipulata a' 28 dicembre 1792; quando la sua vera data è de' 28 novembre, circostanza che anche nell'ipotesi stabilita dalla corte di appello, distruggerebbe la conseguenza, che essa ne ha tratta, cioè, che il termine a ricomprare si trovi scaduto prima, che cominciassero i turbamenti della guerra. Ma dopo tutte le osservazioni fatte è superfluo il discutere questo motivo, ch' è assorbito da' precedenti. »

» Per gli esposti motivi dunque noi siamo di avviso, che debba cassarsi la decisione. »

» La gran corte di cassazione deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero: vista la decisione: visto il ricorso per cassazione: »

» Vista la *L. 7. §. ult. ff. de contrah empt.* »

» *Si quis ita emerit, est mihi fundus emptus centum, et quanto pluris eum vendidero, valet venditio, et statim impletur: habet enim certum pretium, centum: augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit.* »

» Considerando in quanto alla prima quistione, che a' termini di questa legge è di principio, che nel contratto di compra e vendita il prezzo si reputa certo per legge, non ostante che quello che se ne sia origi-

nariamente stabilito dalle parti contraenti, per clausola del contratto possa accidentalmente accrescersi in progresso; e che quindi la compra e vendita così pattuita non è meno pura, quantunque condizionale ne sia una parte del prezzo. »

» Considerando, che nel contratto di compra e vendita di cui si tratta, le parti ne convennero il prezzo in ducati 100 con dichiarazione, che il compratore ne avrebbe pagato l'ulterior quantità, che nel termine di anni sei da'periti di consenso eligendi ne sarebbe stata fissata, qualora in quel periodo di tempo dal venditore proclamata non si fosse la ricompra, che a favor suo erasi convenuta. »

» Considerando, che un contratto di questa natura, non può presentare che l'idea di una sola vendita, perfetta nella sua origine, ma da risolversi sotto condizione: d'onde poi ne segue, che la corte di appello di Lanciano abbia fatta una falsa applicazione de' principii della materia, assumendo, che l'atto, di cui è quistione, contenga due contratti di vendita, l'uno perfetto, ma da risolversi *sub conditione*; l'altro assoluto, ma da perfezionarsi, mediante l'apprezzo de' periti: »

» Considerando quanto alla seconda quistione, che se uniformemente alla dichiarazione fattane dalla corte suddetta ne'difficili tempi, che corsero dalla fine dell'anno 1798 all'anno 1800, negli Abruzzi le giurisdizioni furono in un notorio squallore, ciò però non esclude, che una giurisdizione qualunque ivi siasi stata: Che il venditore Anzellotti conseguentemente non mancò interamente di mezzi legittimi per l'esercizio del patto di ricompra, che egli avea stipulato, e che quindi contra la illazione fattane dalla stessa corte, non era egli nel caso di potersi giovare del beneficio restitutorio portato dalle leggi romane sotto al titolo de' digesti: *ex quib. caus. major in integrum restituatur.* »

» Considerando in fine, che il beneficio portato dalla prammatica sotto il titolo *de pacto de retrovendendo*, essendo tutto particolare per la guerra, d'onde allora si sortiva, a'termini della *L.* 16. *ff. de legib.* non possa menarsi a conseguenza. »

» Per siffatte considerazioni la gran corte cassa la impugnata decisione resa dalla corte di appello sedente in Lanciano, e rinvia la causa alla corte di appello sedente in Napoli. »

» §. 11. Può per altro rimettersi al giu» dizio di un terzo: se questi non voglia o » non possa diffinirlo la vendita è nulla. » *Art.* 1437. *Leg. civ.*

È concorde col rescritto di Giustiniano.

» Super rebus venundandis si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset quanti Titius aestimaverit; magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus, quam decidentes sancimus cum hujusmodi conventio super venditione procedat, quanti illi aestimaverit, sub hac conditione stare venditionem, et si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem, et pretium persolvi, et venditio ad effectum perveniat (*sive bene, sive male sit arbitratus*) sive in scriptis, sive sine scriptis contractus celebretur; scilicet si hujusmodi pactum cum in scriptis fuerit redactum secundum nostrae legis (*ut Cod. de fide instrum. L. contractus*) definitionem per omnia completum, et absolutum sit. Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo sit venditio, quasi nullo pretio statuto, nulla conjectura, imo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerint (*nam distinguebant veteres utrum in personam certam, an ut in bonum virum in eum consenserunt*); quia hoc (*idest per conjecturam scire*) penitus impossibile esse credentes, per hujusmodi sanctionem expellimus. Quod etiam in hujusmodi locatione locum habere censemus. *L. ult. Cod. de contrah. empt.*

Casus. Olim si aliquis rem suam venderet, quanti Titius definiret, dubitatio erat an valeret talis venditio. Dicit imperator quod si venditio facta fuit sub illa conditione, nec deficit conditio; puta quia Titius pretium definivit, emptor ad pretium, venditor ad rem tradendam tenebitur, sive in scriptis, sive sine scriptis celebrata fuerit venditio. Si non definiat non valebit remota divinatione, an sit collatum arbitrium in certam perso-

nam, an in virum bonum; et hacc cadem dici possunt in collatione, et conductione, cum pensio in alicujus arbitrinm conferatur. *Vivianus*.

Perezio chiama imperfetto questo contratto. Quindi egli ne analizza la qualità in modo da doversi stare a quel prezzo, che il terzo nominato dai contraenti abbia fissato. Se poi questo prezzo non serba tutta l'equità, che i contraenti stessi verisimilmente siano a sperare, egli stima doversi dae luogo ad un arbitramento.

» Quid ergo si conferatur in arbitrium alicujus tertii, id est, certae alicujus personae, veluti quanti Titius aestimaverit, vel aequum putaverit? Et quidam existimabant non esse contractam venditionem, quia de pretio certo non convenit; ideoque imperfectum esse negotium. Verum Iustiniano placet stare venditionem, quasi collatam in conditionem, uti emptio sub conditione fieri potest: adeo ut pretii petitio sit, postquam Titius rem aestimaverit, pretiumque definierit. Qui si noluerit, aut non potuerit rem aestimare, venditionem nullam esse ob conditionis defectum Imperator declarat in *L. ult. h. t.* quae una est ex quinquaginta decisionibus. Cujus sententiam ipse refert in *Institut. h.t.* Idemque probat in locatione conductione, nempe ut arbitrio Titii merces definiri possit, sed ita ut ipse mercedem aut pretium definiat, non alius *L.* 25. *D. locati.* Quia non est recedendum a persona ejus, cujus arbitrium incertum est *L.* 43. *de verb. oblig.* Ideo autem ejus arbitrio aestimatio seu pretii definitio committitur, quia verisimile est, cum aequum pretium moderaturum.

» Quid si iniquum statuat, cogenturne contrahentes stare ejus arbitrio? Et placet interpretibus nostris illud corrigi, et reduci ad arbitrium boni viri, argumento societatis, in qua si tanta appareat iniquitas, ea corrigitur arbitrio boni viri, etiamsi nominatim persona fuerit comprehensa, cujus arbitrio stetur *L.* 67. *cum seq. D. pro socio.* Verius tamen ex mente Justiniani in *d. L. ult.* omnimodo pretium solvi debere secundum Titii moderationem, cui soli specialiter haec commissa. Nec est par ratio societatis, et venditionis; quoniam in contractu societatis non est aliud remedium nisi definitio partium ab arbitratore inique statutarum corrigatur arbitrio boni viri. In contractu autem venditionis, si modica sit laesio, ferenda est; si immodica, excedens dimidiam partem justi pretii, datur remedium *L.* 2. *Cod. de rescind. vend. Perezii Praelect. in lib.* 4. *Cod. tit.* 38. *n.* 18. *et* 19.

» Conforme, dice Maleville, è il nostro articolo alla decisione di Giustiniano §. 1. *instit. hic.* Il tribunale di Bordeaux guidato dalla *L. ult. Cod. de contrah. empt.* ha giudicato che mancando ai vivi quella terza persona eletta a regolare il prezzo della vendita senza averlo fatto, una delle parti non poteva essere astretta a nominare un altro.

» Dicesi lo stesso se le parti avessero nominato due periti, uno de' quali fosse morto prima di eseguire la stima. La parte che rifiutasse di eleggerne un altro, non potrebbe essere obbligata a farlo. Così precisamente fu giudicato dalla sezione delle istanze il 1. ventoso, anno 10 contro un giudizio della corte di appello di Riom. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1592 *del cod. civ.*

§. 12. » Le spese degli atti, e le altre » accessorie alla vendita sono a carico del » compratore, salve le particolari conve- » zioni. *Art.* 1438 *Leg. civ.* »

Delle persone che possono comprare e vendere.

§. 13. » Possono comperare o vendere tut- » ti coloro a' quali la legge nol vieta. *Art.* » 1439 *Leg. civ.*

» Esister non può una vendita, dice il tribuno Grenier, senza che ne nascano alcune obbligazioni rispettive tra il venditore ed il compratore. Coloro i quali non possono obbligarsi non possono nè comprare nè vendere. Le obbligazioni, che nascono dalla vendita si riferiscono per conseguenza ai principj generali relativamente alle persone che possono o non possono obbligarsi per ragione della di loro età o stato, egualmente che alle modificazioni stabilite riguardo alle obbligazioni che queste persone avranno potuto contrarre. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 72.

Sorge intanto la questione di sapere quali sono le persone capaci di contrarre.

» Ecco la risposta, dice il tribuno Faure. La regola generale è per la capacità. Li diversi casi d'incapacità sono altrettante eccezioni. Quindi allorchè non si è in alcuno di questi casi, ne nasce che si è nello stato di poter contrarre. Percorriamo le eccezioni.

» Nella classe degl' incapaci annoverar conviene da principio i minori, gl' interdetti, le donne maritate, per gli atti soli in cui la legge le dichiara tali.

» I motivi sono; riguardo ai minori, la mancanza della maturità di loro ragione; riguardo agl'interdetti, il difetto della ragione istessa: riguardo alle donne maritate l'autorità maritale. Questa disposizione appartiene a tutte le specie di contratti. *Esposiz. dei motivi sul cod. civ. n.* 71.

Vedi *Contratto* §. 16.

§. 14. » Il contratto di vendita non può » aver luogo tra conjugi, fuori de' tre casi » seguenti: »

» 1. quando uno de' conjugi giudizialmen» te separato cede all' altro de' beni in paga» mento de' di lui dritti: »

» 2. quando la cessione che il marito fa » alla moglie, anche non separata, è fon» data sopra una causa legittima che sareb» be il rinvestimento o reimpiego dei di lei » immobili alienati, o del denaro a lei spet» tante, se questi immobili o denaro non ca» dono in comunione: »

» 3. quando la moglie cede al marito » de' beni in pagamento di una somma da » lei promessagli in dote, se non siasi con» venuta la comunione; salve in questi tre » casi le ragioni degli eredi delle parti con» traenti, quando ne risulti alcun vantaggio » indiretto. *Art.* 1440. *Leg. civ.* ».

Le eccezioni contenute in questo articoli in riguardo al contratto di vendita tra conjugi, sono state dettate dai motivi, che ne rileva il consigliere di stato Portalis.

» Si è temuto con ragione, ei dice, l'abuso che il marito può fare dalla sua autorità, e quello che avrebbe la sua sorgente dalla influenza che la moglie può procurarsi con le dolci affezioni che ispira. Questi motivi avevano determinato la legge romana, e la maggior parte delle consuetudini a proibire le donazioni tra vivi tra marito, e moglie fuori del contratto di matrimonio. Tra persone così intimamente unite sarebbe da temere che la vendita non mascherasse quasi sempre una donazione.

» Dippiù il marito è capo della società conjugale: è l'amministratore de' comuni interessi: la moglie non può fare atto alcuno senza la sua autorizzazione. Potrebbe mai sperarsi che la persona stessa conciliar sapesse l'interesse esclusivo, e personale di un contraente colla savia vigilanza di un protettore?

» Ripugna che si possa essere nel tempo stesso giudice e parte *nemo potest esse actor in re sua*. Or quando si autorizza, si fa le funzioni da giudice, e si è parte quando si negozia. Si può come parte cercare il vantaggio proprio, e particolare; autorizzando poi industriar si conviene per l'altrui vantaggio.

» Il progetto di legge riconosce intanto che vi sono delle circostanze nelle quali è permesso tra i sposi di vendere, e comprare. Queste circostanze sono quelle in cui il contratto è stabilito su di una giusta causa ed in cui ha meno il carattere di una vendita propriamente detta, che quella di un pagamento necessario, e di un' atto di amministrazione. *Esposiz. de' motivi sull' cod. civ. n.* 70.

» L'atto in questi tre casi, riprendono gli autori delle pandette francesi, è realmente una dazione in pagamento. Ora, una dazione in pagamento non è una vendita. La traslazione della proprietà non si opera che colla effettiva tradizione.

» Se io convengo con voi che vi darò la mia casa in pagamento della somma che vi debbo, voi non ne divenite proprietario che colla effettiva consegna. Sino a questo punto io non cesso di esserlo, perchè conservo la facoltà di pagare la somma dovuta. Voi neppur potete domandare altra cosa. La mia cosa non è che *in facoltate solutionis*.

» Perchè non vi sia vendita fa d'uopo che le parti ne abbiano espressa la convenzione, ed osservate le forme; come quando una ha venduto all' altra una cosa per la somma che gli era dovuta, e di cui questa ha dato quietanza. Allora la prima obbligazione del debitore divenuto venditore è estinta, e non sussiste più che la vendita.

» Dal nostro articolo ne segue che nei

casi stabiliti il marito, e la moglie possono operare in questo modo, purchè l'atto non racchiude vantaggio alcuno. Non sarebbe necessario che il vantaggio superasse i setti duodecimi, come relativamente alla rescussione, onde gli eredi potessero far pronunziare la nullità della vendita, perchè non è in alcun modo permesso di avvantaggiarsi.

» Questa nullità ciò non ostante non si pronuncierebbe per una leggiera differenza tra il valore della cosa, ed il debito pagato. Bisogna che il vantaggio abbia una certa importanza. La ragiene è che il giusto prezzo di una cosa non consiste in un punto stabilito, ma in una certa latitudine nel di cui circolo è sempre ristretto il giusto prezzo.

» Secondo il codice civile, art. 1681. (1527) questa latitudine può stabilirsi al decimo.

» Una tal sorta di vendita, si dice in questo articolo, non può aver luogo tra conjugi che vivano in comunione di beni, se non pe' denari, che non cadono in comunione. Da ciò nasce la questione di sapere se la vendita fatta dal marito alla moglie, per denari di lei proprj, sia valida.

» Per l'affermativa si dirà che questi danari sono esclusi dalla comunione, e per conseguenza questo è il caso di applicare la disposizione che esaminiamo.

» Ciò non ostante bisogna appigliarsi alla negativa, e decidere che la vendita in questo caso sarebbe invalida. Non è vero che codesti denari non cadono nella comunione, anzi al contrario vi entrano; ed il marito n'è pienamente proprietario, sino a che la comunione dura. La clausola di riserva de' beni proprj non ha altro effetto che di attribuire alla moglie un credito che non si apre in di lei favore, e che ella non può esercitare che nel tempo dello scioglimento della comunione. Inoltre costei ha direttamente sopra di se questo credito, e non contra suo marito che nulla le dee, sino a che sussiste tale comuninione, e che neppure sarà mai debitore, se la moglie vi trova di che soddisfarsi.

» Ma si applicarebbe molto bene a quello quando la dote consistesse in una certa somma di cui il marito fosse stato incaricato di farne rinvestimento. Allora i denari in verun modo cadono nella comunione.

» Si può inoltre domandare se la moglie potrebbe vendere a suo marito uno stabile per la somma ch' ella avesse promesso di recare nella comunione. La negativa non può mettersi in dubbio. Primieramente costei non è debitrice di suo marito, ma della comunione. In secondo luogo questo sarebbe una mobilizzazione, la quale è impraticabile dopo la celebrazione, e non può farsi che col contratto. *Osservaz. all' art.* 1595 *del cod. civ.*

D'altronde osserva Maleville che » il marito, e la moglie non potendo farsi reciprocamente una donazione per atto tra vivi fu d' uopo prendere tutte le necessarie precauzioni, affinchè sotto le sembianze di una vendita non si ascondesse una donazione.

» E perciò, dice il sig. Portalis, gli atti di cui favella questo articolo si hanno più a considerare come atti di un pagamento forzato, o di amministrazione che come atti di una vendita propriamente detti. Oltrecciò si dee notare, che l'articolo riserva agli eredi naturali la facoltà di far annullare queste vendite, provando esser elleno una donazione mascherata.

» Il numero 3.° di questo articolo fu soggetto a qualche dibattimento. Si pretese, ch' esso non verrebbe ad applicarsi se non se al caso in cui la moglie dopo essersi costituito in dote un credito che non fosse stato pagato al marito, facesse subeotrare al credito dei fondi di terra; ma si rispose che doveva egualmente estendersi al caso, in cui il marito avesse o prima del matrimonio, o in seguito al contratto di matrimonio un credito verso la moglie. Per conseguenza si sostituì la parola *somma* a quella di *credito*, e si convenne, che la vendita fra conjugi fosse valida tutte le volte, che uno di essi cedesse all' altro de' beni in pagamento dei dritti reali. In fatti si dee principalmente riguardare alla causa. *Maleville Osservaz. all' art.* 1595. *del cod. civ.*

» §. 15. Non possono essere *aggiudicata-* » *rj*, sotto pena di nullità, nè direttamente » nè per interposte persone,

» i tutori, de' beni di coloro de' quali » hanno la tutela;

» i mandatarj, de' beni che sono incaricati di vendere;

» gli amministratori, de' beni de' comuni o degli stabilimenti pubblici affidati alla loro cura;

» I pubblici ufiziali, de' beni nazionali che si vendono col loro ministero. *Art.* 1441. *Leg. civ.*

Il responso di Marziano contiene le medesime disposizioni. La pena però era la perdita della cosa comprata, ed il quadruplo.

» Non licet ex officio, quod administrat, quis emere quod vel per se, vel aliam personam, alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum (*quod forte fisco applicatur*) convenitur secundum constitutionem Severi, et Antonini; et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum sit. *L.* 46. *D. de contrahenda empt.*

Casus. Tutor, et curator, et procurator vel quicunque alius non possunt emere ex officio quod administrant aliquid neque per se, neque per interpositam personam; et si fecerint rem emptam amittet, et quadruplum praestabunt. Quod est in procuratore Caesaris: hoc nisi specialiter quibusdam certis personis concedatur. *Vivianus.*

Gl' imperatori Diocleziano, e Massimiano fecero poi eccezione alla regola, che vietava ai tutori l' acquisto dei beni dei pupilli, nel solo caso in cui la vendita fosse fatta giudiziariamente.

» Cum ipse tutor (*auctoritate contutoris*) nihil ex bonis pupilli, quae distrahi possunt comparare palam et bona fide prohibetur, multo magis uxor ejus hoc facere potest. *L.* 5. *Cod. de contrah. emp. et vend.*

Casus. An res pupilli quas distrahi necesse est propter aes alienum patris, bona fide et palam emere tutor possit, quaeritur? responde quod sic, et multo magis uxor sua.»

Il consigliere di stato Portalis espose su questo articolo che » le ragioni di sicurezza e di onestà pubblica le quali dan motivo a queste proibizioni sono evidenti troppo, perchè sia necessario di svilupparle.

» Nell' antica Roma, i governatori nulla acquistar potevano nella estensione del di loro governo, ed i magistrati nulla acquistar potevano nel circondario della di loro giurisdizione. Si voleva allontanar da questi fino il sospetto di immischiarsi delle mire di privato interesse coi pubblici interessi confidati alla di loro attenzione.

» Una novella di Valentiniano mitigò il rigore di questa legislazione, e questa novella, dietro la testimonianza di Cujacio, ha formato il dritto della Francia.

» Una folla di decreti però sopravvenuti in forma di regolamenti hanno costantemente decretata la nullità delle aggiudicazioni fatte a' giudici, ed amministratori incaricati dallo Stato della sorveglianza de' beni aggiudicati. Se si è creduto che la condizione degli ufiziali pubblici non deve essere inferiore a quella dei cittadini ordinarj nelle cose estranee al fatto della di loro amministrazione, si è pensato ancora che il titolo pubblico li sottomette a più grandi precauzioni nelle persone private, per metterli a coverto dal sospetto di abusare della di loro autorità nelle occasioni in cui non possono e non debbono mostrarsi che come amministratori. *Esposiz. dei motivi sul cod. civ. n.* 70.

» Questo articolo, osserva poi Maleville, è conforme alla regola generale, che trovasi nella *L.* 46. *D. de contrah. emp.*. La ragione è semplice; perchè potrebbero abusare dell' incarico loro, se fossero pubblici ufiziali, o si temerebbe la loro concorrenza se fossero particolari amministratori.

» Si chiese se l' articolo comprendeva anche i prefetti de' ripartimenti, e si disse che questa cosa sarebbe stata una novità. Ma si aveva torto a considerarla tale, imperciocchè la *L.* 46. *D. de jure fisci* proibiva ogni compra ai governatori, e procuratori dell' imperatore nelle loro provincie. È però a supporsi, che si abbia voluto proibire ai prefetti d' immischiarsi nelle vendite, ed aggiudicazioni di beni nazionali, o comunali fatte da essi o dai loro delegati, e non già di comprare da un particolare ne' dipartimenti alla loro cura affidati. *Maleville. Osservaz. all'art.* 1596. *del cod. civ.*

Se si è proceduto al pignoramento di un immobile appartenente ad una donna maritata, e che il marito sia intervenuto nel procedimento per autorizzarla, devesi conside-

rare come debitor pignorato, e quindi applicargli la disposizione di cui si tratta? Delvincourt osserva, essersi giudicato per la negativa dalla corte di Aix il 17 aprile 1809 (Sirey parte 2. pag. 237.) per la ragione che il marito non interviene nella procedura come parte diretta; ma solamente per autorizzare la moglie. Egli è vero che nella specie giudicata trattavasi di conjugi maritati sotto la regola dotale; ma la stessa ragione mi sembra doversi applicare al regime della comunione.

» *Quid*, nel caso della comunione, se fosse il marito il debitor pignorato, la moglie potrebbe rendersi aggiudicataria? Venne giudicata la negativa dalla corte di Bruzelles il 26 maggio 1812 (Sirey 1814 part. 2. pag. 78) sul fondamento che in questo caso l'immobile è un acquisto in mano della moglie. Diventa dunque rispetto ai terzi proprietà del marito come capo della comunione. Ma questa ragione non mi par sufficiente. In fatti il motivo della proibizione spiegato nell'articolo 713 proced. (797) è che il debitore pignorato è riputato insolvibile; altrimenti, si presume che non si sarebbe fatto espropriare. Sarebbe dunque esporsi evidentemente alla rivendita, se gli si permettesse offrire all' incanto. Ma nel caso proposto il marito può essere insolvibile senza che la moglie egualmente lo sia. Egli è vero che col fatto l'immobile potrà ricadere in mano del marito: ma che impona ai creditori se hanno essi d'altronde nella persona della moglie una solvibile aggiudicataria?

» *Quid* del terzo detentore contro di cui si vende l'immobile per effetto dell'azione ipotecaria? Si decise in Bruxelles il 15 aprile 1809 che questi debba essere considerato come parte pignorata. A me sembra che se tale decisione corrisponde alla lettera della legge, essa non è almeno nel suo spirito. Qual'è infatti il motivo della proibizione? Esso è, come lo abbiamo detto, che il debitore pignorato è riputato insolvibile. Ora questa ragione non può applicarsi al terzo detentore; che forse non si è liberato per negligenza o altro accidente, e che può lasciarsi espropriare unicamente per non pagare tutti i crediti ipotecati sull'immobile. D'altronde s'egli l'avesse abbandonato, allora l'espropriazione non si sarebbe contro di lui proseguita, ed egli non avrebbe potuto sotto alcun rapporto essere considerato come parte pignorata. Ora non si vede in che la circostanza di avere o no abbandonato l'immobile possa influire sulla di lui sorte e sulla sua solvibilità.

» Io penso che la stessa decisione si dovrebbe applicare all'erede beneficiato, o all'immesso nel possesso de'beni di un assente, sui quali l'espropriazione degl'immobili dipendenti dalla successione o appartenenti all'assente fosse intentata per debiti contratti dall'assente o dal defunto. *Delvincourt. Corso del cod. civ. tom.* 8. *nota* 20. *al tit.* 2.

§. 16. » I giudici, i loro supplenti, i magistrati che esercitano il ministero pubblico, » i cancellieri, gli uscieri, i procuratori, i » difensori ufiziosi ed i notari, non possono » no diventar cessionarj delle liti, ragioni » ed azioni litigiose che sono di competenza » del tribunale, nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità, de'danni ed interessi, e delle spese. » *Art.* 1442. *Leg. civ.*

» Guipape, osserva Malleville, e li suoi comentatori portano opinione, che il patto *de quota litis* sia lecito, quando la lite sia stata giudicata. Così Lepeyrere let. P. n. 10. Io credo che ciò si debba spiegare in questo modo. Compiuta la lite è permesso all'avvocato o procuratore di ricevere in pagamento dal cliente una quota di ciò, che ha col mezzo del giudizio il cliente ricuperato, ma non gli è assolutamente permesso di farsi pagare con una porzione di quella cosa, che potrà ricuperare il cliente, allorchè si avrà data esecuzione al giudizio.

» Li stessi autori sostengono, che non è permesso ai medici, chirurgi, e speziali di patteggiare col malato una somma per la di lui guarigione. Fa meraviglia il veder compresi nell'articolo nostro i notari. Senza dubbio non dee esser loro permesso di rendersi o da se medesimi o per interposte persone aggiudicatarj dei beni, che si vendono mediante il loro ministero; ma quanto alla cessione dei dritti, e delle azioni litigiose non sembra che si possa estendere fino ad essi un divieto, cui sono estranei. Nulladimeno

ciò si è fatto, perchè non abusassero della cognizione che hanno di questi dritti, e per far loro, ed agli altri vedere quanto sieno delicate le loro funzioni.

» Siccome l'articolo 1594 (1438) permette di comprare e di vendere a tutti quelli, cui la legge non disdice, così è incontrastabile, che il padre può vendere al figlio minore e viceversa *L. 6. §. 7. de act. empt.* Ma sempre senza frode. *Maleville. Osservaz. all' art. 1596 del. cod. civ.*

La corte di appello di Amiens negli 11 pratile anno 13 decise che le liti, i dritti e le azioni litigiose sono di competenza del tribunale nel di cui circondario il giudice, ed il patrocinatore esercitano le loro funzioni.

» *Fatto.* Per contratto di matrimonio delli 2 vendemmiale anno 10, la signora Delabarre, vedova Cousin, donò al signor Dangers, suo futuro sposo, in caso di sopravivenza, tutti i beni mobili, immobili, acquisti suoi, e di comunione, proprietà ed altri, generalmente qualunque cosa si trovasse appartenere alla detta futura sposa al tempo della sua morte, onde il detto futuro sposo godesse di tutto in usufrutto solamente vita sua natural durante, coll'obbligo al detto futuro sposo di fare un buono e fedele inventario.

» Fu inoltre convenuto e stipulato che, nel caso in cui la donazione producesse il suo effetto, egli pagherebbe a ciascuna delle due sorelle della sua sposa, in forma di aumento alla loro pensione vitalizia che era di 125 lire per una, ed una misura di vino, ciò che porterebbe conseguentemente la somma da lui dovuta in 300 lire.

» La signora Dangers morì li 13 ventoso anno 12, lasciando eredi le due di lei sorelle.

» Il signor Fabus, patrocinatore a Soissons, fece notificare al signor Dangers copia di un atto notariale datato ai 3 dello stesso mese, contenente vendita a suo profitto ed a quello della sua sposa dalle signore Delabarre, di tutti i suoi diritti mobiliari ed immiliari nella eredità della signora Dangers sua sorella.

Gli articoli 5 e 13 di questa cessione sono così concepiti:

» Art. 5. Nel caso in cui i signori e la signora cessionarj trovassero che l'inventario che è stato fatto dopo la morte della defunta, fosse suscettibile di critica, potronno, ma a loro spese, rischi, pericoli e fortuna continuare la domanda di già formata per questo riguardo dalle dette signore cedenti, e chiedere un nuovo inventario.

» Art. 13. Le signore cedenti avranno anche, ad esclusione dei detti signori e signora cessionarj, e come cose che non sono state comprese nella cessione presentemente fatta, la proprietà e il godimento assoluto ed irrevocabile degli abiti, biancheria, arredi, ornamenti della detta Maria Luigi Delabarre loro defunta sorella, se queste signore Delabarre arrivano a farseli rimettere dal suddetto Dangers, contro il quale esse dichiarano aver agito per questo. Collo stesso atto il signor Fabus e sua moglie intimarono al signor Dangers di pagare d'ora in avanti la vendita nelle loro mani ec.

» Il signor Dangers fece fare delle offerte reali tanto al signor Fabus ed alla sua sposa quanto alle signore Delabarre della somma di 1350o franchi pel prezzo della cessione in capitali ed accessorj.

» Il signore e la dama Fabus le rifiutarono, e pretesero che, non essendo il signor Dangers nè parente nè coerede delle signore Delabarre, non poteva prevalersi nè reclamare il beneficio delle leggi che autorizzano un erede a farsi cedere i beni trasferiti in un terzo da' suoi coeredi; che d'altronde non v' era alcuna contestazione sul fondo del diritto alla successione di cui si tratta delle signore Delabarre; che i dritti da essa ceduti non potevano per conseguenza essere considerati come litigiosi.

» Sentenza del tribunale di Castel Thièry che accorda, senza restrizione la donazione fatta a Dangers; dichiara inammissibili nella loro domanda le signore Delabarre per la distrazione degli abiti, biancheria, arredi, ornamenti della di loro sorella; dichiara buone e valide le offerte fatte da Dangers; condanna Fabus e sua moglie, e le signore Delabarre, ciascuna in ciò che le concerne, ad accettarle, ed anche le signore Delabarre a scegliere entro otto giorni. In caso diverso, e non facendo ciò nel termine prescritto, autorizza Dangers a consegnare ec.

» Disse puramente che il signor Fabus e la sua sposa in questo frattempo di otto giorni presenteranno un inventario esatto e distinto delle spese e profitti legittimi che gli ha prodotto detta vendita, e nel detto caso condanna Dangers, secondo le sue offerte, a rimborsagliele ec.

» Appellazione da questa sentenza tanto per parte del signor Fabus che delle signore Delabarre.

» Il primo sostiene che, a termini dell'articolo 1700 del codice, una cosa non è reputata litigiosa, se non quando vi è contesa in merito del diritto; che all'epoca della cessione il diritto di Dangers consisteva nel godimento in usufrutto dei beni mobili ed immobili lasciati da sua moglie, compresivi gli abiti, biancharia, arredi ed ornamenti; che le signore Delabarre non avevano che la proprietà di questi stessi oggetti; che per conseguenza, onde vi fosse contestazione in punto di diritto, sarebbe stato d'uopo che il signor Dangers negasse alle signore Delabarre la proprietà dei beni mobili ed immobili provenienti dall'eredità della loro sorella, o che queste glie ne contestassero l'usufrutto; che non esisteva niente di tutto questo tra il signor Dangers e le signore Delabarre, e che non può per conseguenza, esservi luogo all'applicazione dell'art. 1699 del codice.

» Ma, supponendo che la contestazione esistente sopra gli abiti, biancheria, arredi ed ornamenti avesse potuto dar luogo al retratto, non si avrebbe giammai potuto esercitarlo che sopra questi oggetti, e fino alla concorrenza in cui fossero stati compresi nella cessione, e che avessero esposto Dangers a discutere il suo diritto co' cessionarj.

» Nel fatto, le signore Delabarre hanno positivamente coll' art. 13 eccettuato dalla cessione la proprietà e il godimento assoluto ed irrevocabile degli abiti, biancheria, arredi, ed ornamenti se pervenissero a farseli restituire. Così risulta chiaro da ciò, che i detti signore e dama Fabus non potevano diventare proprietarj degli abiti, biancheria, arredi, ed ornamenti lasciati dalla signora Dangers se non fino a quanto le signore Delabarre succombessero nella loro pretenzione; che per conseguenza il diritto eventuale de' cessionarj sopra i detti oggetti non era un diritto contenzioso, e non poteva dar luogo ad alcuna contestazione.

» Le signore Delabarre cessarono dalle conclusioni da esse adottate nella causa principale, per l'oggetto di restituire gli abiti, biancheria, arredi ed ornamenti della lor sorella, e chiesero solamente la riforma della sentenza sul punto che ha ordinato, che il signor Dangers fosse surrogato ai diritti del signore e signora Fabus.

» Il signor Dangers, dal canto suo, ha fatto valere i motivi della sentenza dalla quale si è appellato, ed ha sostenuto di più, che, a termini dell'art. 1699 del codice quegli contro il quale è stato ceduto un diritto contenzioso, può liberarsene, rimborsando al cessionario le somme ch'egli ha legittimamente pagate.

Che nel fatto, le signore Delabarre, cedendo i diritti mobiliari ed immobiliari della loro sorella, vi aveva compreso quello di richiedere un nuovo inventario nel caso in cui il signor Fabus non si contentasse del primo.

Che prima della cessione esisteva di già una contesa tra il signor Dangers e le signore Delabarre relativamente al nuovo inventario richiesto e domandato dalle signore Delabarre; che queste ultime hanno ceduto il loro diritto di richiedere un nuovo inventario, ed anche quello di proseguirne la domanda da esse formata a tal'effetto, se gli parea bene, e che la cessione, sotto questo rapporto contiene la cessione di un diritto contenzioso;

» Che le signore Delabarre hanno anche ceduto gli abiti, biancheria, arredi ed ornamenti nel caso in cui esse non riuscissero a farseli restituire da Dangers, che essendo in contesa con quest'ultimo relativamente all'usufrutto di questi oggetti, è evidente ch'esse hanno ceduti i loro diritti contenziosi.

» Egli ha sostenuto finalmente che nello stesso atto le signore Delabarre hanno ancora ceduto ai signori e signora Fabus una rendita di 350 lire, che esse hanno preteso esserle dovuta da Dangers; che Fabus e sua moglie hanno costantemente conchiuso avanti i primi giudici pel pagamento della detta ren-

dita, che Dangers ha persistito a sostenere che dopo il suo contratto di matrimonio egli non era tenuto che al pagamento di una rendita di 300 lire; che sotto questo rapporto ancora è evidente che le signore Delabarre hanno fatto una cessione dei diritti contenziosi a' signori e signora Fabus.

» La corte,

» Sentito il procuratore generale imperiale nella sua requisitoria tendente che la cessione fatta a Fabus figlio, patrocinatore a Soissons, ed a sua moglie, fosse, nell' interesse della legge, dichiarata nulla e di niun effetto, conformemente all' art. 1597 del Codice civile, come contenente per parte del detto Fabus acquisto di azioni contenziose, e di liti giudizialmente preesistenti.

» Atteso che in diritto, 1. il ministero pubblico può in tutte le cause, e fino alla sentenza definitiva, sempre cercare pel pubblico interesse la esecuzione della legge, qualunque via possono prendere o seguire le parti nel corso delle loro azioni o della loro difesa;

» 2. Che coll' art. 1597 del Codice civile i patrocinatori non possono essere cessionarj delle liti, diritti ed azioni litigiose che sono di competenza del tribunale nel di cui circondario esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e danni-interessi.

» In fatto, 1. che Fabus figlio è patrocinatore presso il tribunale civile di Soissons che è nella giurisdizione di questa corte,

» 2. Che Dangers è debitore di diritti ed azioni suscettibili di contestazione verso l'eredità e gli eredi di sua moglie.

» 3. Che anche anteriormente all' atto di cessione Fabus e sua moglie, come lo giustifica l'art. 13 della detta cessione, una parte del fondo del diritto di usufrutto accordato a Dangers da sua moglie nel loro contratto di matrimonio era in pendenza di lite tra il detto Dangers e le figlie Delabarre relativamente agli abiti, biancheria, arredi ed ornamenti della detta moglie Dangers, dal riclamo de' quali le dette Delabarre non hanno cessato che col loro ricorso alla corte delli 8 germinale ultimo, dichiarativo e definitivo della loro indefinita appellazione;

» 4. Che coll' art. 5 della loro cessione le figlie Delabarre hanno ceduto, e Fabus e sua moglie acquistato il diritto di proseguire a loro rischj, pericoli, e fortuna, la domanda di già formata dalle dette Delabarre, per un nuovo inventario;

» 5. Che dal ravvicinamento e dalla combinazione degli art. 10, 12, e 13 della cessione risulta che Fabus e sua moglie hanno acquistato eventualmente dalle figlie Delabarre la proprietà degli oggetti sui quali questi ultimi contestavano il diritto di usufrutto di Dangers;

» 6. Che la rendita vitalizia alla quale, in forza dell'ultima stipulazione del detto atto di cessione, Fabus e sua moglie sono stati autorizzati a metter mano annualmente, è ancora un credito contenzioso acquistato da Fabus e sua moglie, dacchè questa rendita gli è ceduta, come essendo di 350 franchi e di una misura (caque) di vino all' anno finchè per l'obbligo imposto al detto Dangers per la donazione portata nel suo contratto di matrimonio, egli non è tenuto che alla servitù di una rendita vitalizia di 300 franchi e di una misura di vino; che la contesa di questo credito indipendentemente dalla comparazione del contratto di matrimonio all'atto di cessione, si giustifica col riclamo che Fabus e sua moglie hanno fatto in prima istanza, di una rendita vitalizia di 350 franchi e di una misura di vino; e per la loro restituzione a 300 franchi solamente ed una misura di vino, fatto in appello.

» 7. Finalmente, che da tutti questi fatti e circostanze risulta che Fabus figlio, patrocinatore a Soissons, e sua moglie la quale sotto il nome di un confratello ben veduto al tribunale di Castel Thiery, l'abuso di cui l'esperienza fornisce molti esempj, potevano ricavare un doppio vantaggio dalla cessione ad essi fatta dei diritti, azioni e crediti litigiosi di già in contestazione prima della cessione ad essi fatta, sono realmente cessionarj della causa esistente e dei diritti contestati avanti i tribunali, e che l'art. 1597 del Codice civile gli è applicabile di diritto e di fatto.

» Atteso che non può esservi luogo alla surrogazione di una cessione di cui la legge pronuncia la nullità; che è per consequen-

za superfluo entrare nell'esame di questa quistione come di tutte le altre che l'instruzione e le difese hanno presentato.

» La corte ha dato atto di desistenza, ec.

» Facendo ragione sull'istanza del procuratore generale imperiale, dichiara nulla e di niun effetto, conformemente all'art. 1597 del Codice civile, la cessione fatta alle parti del Laurendeau; condanna ec.

Delle cose che possono vendersi.

§. 17. « Si può vendere tutto ciò che è » in commercio, quando leggi particolari » non ne abbiano vietata l'alienazione. *Art.* » 1443 *Leg. civ.*

Per le cose che sono in commercio, Vedi *Contratto* §. 20.

Le partite iscritte sul gran libro si possono anche vendere, ma con osservarsi alcune regole particolari, onde un tale contratto possa esser valido. Vedi *Fallimento* §. 2. Decreto de' 18 maggio 1824.

Le leggi particolari che vietano poi l'alienazione delle cose, abbenchè in commercio, riguardano quelle disposizioni, che proibiscono la vendita dei beni dei minori, degli assenti, degl' interdetti, delle donne maritate, dei comuni, e dei stabilimenti pubblici senza quelle formole di rito, che garantiscano la solennità del contratto. Vedi. *Tutela* §. 57. *Assente* §. 4. *Interdizione* §. 18. *Giudici n. 2. dell'amministrazione civ. art.* 8. *Matrimonio* §. 45.

I beni sottoposti a majorasco non possono neppure alienarsi senza un motivo di utilità, e senza talune regole determinate. Vedi *Majoraschi* §. 14.

La suprema corte di giustizia con decisione de' 17 gennaro 1826 consagrò il principio non esser valida la vendita di cose ligiose.

Fatto: D. Pasquale Cibotti a 11 aprile 1800 ottenne dal Magistrato di commercio lettere esecutoriali per ducati 280 contro notar Giulio Cesare Salerno, che vennero rinnovate a 24 luglio 1802.

» Dopo nuovi ordini riportati dal tribunale del commercio il suddetto Cibotti a 31 maggio detto anno fece procedere al sequestro di alcuni stabili del debitore Salerno, consegnati a Casimiro d' Archi coll' obbligo di tenerli a disposizione di quel tribunale.

» Dietro cotesti atti D. Felice Salerno figlio del debitore propose l'eccezione di esser caduto il detto sequestro *in bonis alienis*: in sostegno di ciò produsse documento di cessione avuta dal padre a' 2 marzo 1802 a compenso di certo credito dotale della madre: ma malgrado cotesta eccezione, dal fu consiglier Lotti si ordinò l'apprezzo de' beni effettuato a 31 agosto 1803, ed indi la vendita col deposito del prezzo.

» Ai nuovi reclami dell'opponente, il quale sostenea tra l'altro, che tra i beni eseguiti ve n'erano di proprio acquisto, con decreto de' 24 gennajo 1805 si ordinò informazione sommaria su tal eccezione, fermo restando il sequestro.

« Il termine fu compilato solo per conto del Cibotti, che riuscì a dimostrare la simulazione della cessione fattagli dal padre dopo la rinnovazione delle esecutoriali. Or trovandosi in questo stato la causa, se ne trapassò il debitore Giulio Cesare Salerno; quando venne a notizia del Cibotti, che D. Felice Salerno era in trattato di vendere i beni sequestrati al barone Mascitelli. Quindi ricorse al giudice locale, chiese, ed ottenne ordinanza, che inibiva il contratto; la quale venne intimata agli 11 agosto 1808 tanto a Felice Salerno, che al signor Mascitelli, i quali nulla opposero.

» Trasmessi gli atti nel tribunale di prima istanza in Chieti il dì 1. marzo 1810 per la decisione della causa sul termine compilato per l'eccezione di essersi eseguito il sequestro *in bonis alienis*, D. Felice Salerno allora con pubblico atto, *et in vim transactionis* diede *in solutum* i fondi sequestrati da Cibotti, che ne prese il possesso.

» Posteriormente il barone Mascitelli citò Cibotti nel tribunale di Chieti per lo rilascio di detti beni, e restituzione de' frutti dal 1810: in poi. A dimostrare il dominio presentò un' istromento, donde appariva, che Felice Salerno nel 1808 dopo della detta inibizione, gli diede i fondi in soddisfazione di alcuni debiti, de' quali si dissero restituite le cautele.

» Il tribunale civile a vista del titolo indicato, con sentenza de' 30 gennajo 1819 condannò Cibotti al rilascio de' fondi co' frutti, salvi al medesimo i diritti nascenti dal termine compilato.

» Contro di questa sentenza si produsse appello da D. Pasquale Cibotti presso la G. C. civile di Aquila. La medesima con decisione de' 21 luglio 1820 considerò, che Mascitelli reclamava fondi comprati dopo che furono pegnorati ad istanza di Cibotti, che i medesimi erano litigiosi per la quistione di proprietà, ed inalienabili per la precedente inibizione del giudice; tanto più, che il Mascitelli non ebbe mai il possesso de' beni, e fu dato al Cibotti, che a' termini delle leggi allora vigliauti ne acquistò il dominio, ed era preferito anche al primo legittimo compratore. Quindi non ebbe alcun conto del contratto invocato dal signor Mascitelli, e lo escluse dall'azione di revindica, e facendo diritto all' appello di D. Pasquale Cibotti rivocò la sentenza appellata, e dichiarò non aver luogo la dimanda del sig. Mascitelli.

» Questa decisione da parte del barone D. Giovanni Randisio Mascitelli si è denunciata alla Suprema Corte di Giustizia, chiedendone l' annullamento pe' mezzi seguenti.

1.° Che non militava la teoria della inalienabilità de' beni litigiosi per lo solo divieto del giudice di non alienarsi, ma a norma della *L.* 1. *D. de litigiosis* aveva luogo per la contestazione del dominio.

2. Che il ricorrente comprò i fondi controversi da Felice Salerno, e li lasciò al medesimo in affitto. Questo atto domenicale valse per possesso. Dunque fu egualmente prima compratore, e possessore.

» 3. Che non doveva attendersi al divieto di non alienare, dacchè spedito da un giudice incompetente, e perchè non si fece menzione, che i fondi su cui cadeva la inibizione, erano sequestrati.

Udito il rapporto: presenti gli avvocati D. Francesco de Marco pel ricorrente; e D. Vincenzo Catalano pel convenuto, ed inteso il P. M. che ha concluso all' annullamento della decisione impugnata.

» La Corte Suprema di Giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: Visto il ricorso:

» Visto il tit. del *Cod. de litigiosis*, e *l' auth. litigiosa.*

» Attesocchè è vietata la vendita delle cose litigiose; ed è meno valida la vendita, qualora oltre alla lite, concorra l' ordine di *non alienat* interposto dal magistrato, ed intimato alle parti. Ed è anche sicuro, che secondo il diritto romano sotto il di cui impero ha piede l' attuale contestazione, nel concorso di due compratori di un medesimo fondo, colui, che ne avea prima avuto il possesso comunque posteriore era preferito all' altro che avea comprato prima,

» Nella specie pel barone Mascitelli, l' azione da lui istituita per la revindica dei fondi posseduti dal signor Cibotti, non milita con un contratto di vendita fattogli da Giuseppe Salerno de' fondi già sequestrati, e messi presso terzo; non che contestati sul dominio de' medesimi e col divieto di alienare. Per cui si trova ne' precisi termini della compra di effetti letigiosi. Egualmente che non può allegar dominio, dacchè non potè aver possesso di oggetto, che non era presso del venditore, ma presso del consegnatario giudiziario.

» Da quì è, che la gran corte civile colla decisione denunciata a questa Corte Suprema lungi di avere offese le leggi invocate dal ricorrente ne ha fatta la più giusta applicazione.

» Per tali motivi la Corte Suprema rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese.

§. 18. » La vendita della cosa altrui è nulla: essa può dar luogo al risarcimento » de' danni e degl'interessi, quando il compratore abbia ignorato che la cosa fosse a d'altrui. *Art.* 1444. *Leg. civ.*

a Si cadrebbe in grandi errori, dicono gli autori delle pandette francesi, se si prendesse questo articolo letteralmente, e nel senso assoluto in cui sembra presentarsi.

» Per esempio ne seguirebbe che colui il quale avesse comprato, quantunque di buona fede una cosa che non appartenesse al venditore, non potrebbe prescrivere la proprietà; imperciocchè ciò che è nullo non può

produrre alcun effetto. Egli avrebbe dritto di domandare al venditore non la garentia ch'è un'azione della vendita *actio empti*, o *ex empto* (ora seguendo letteralmente questo articolo, non vi è vendita) ma solamente il risarcimento dei danni ed interessi, ed ancora nel solo caso in cui il venditore fosse di cattiva fede; vale a dire in cui egli avesse saputo, che costui vendeva la cosa di altri.

» In questo senso è, bisogna convenire, la significazione letterale del testo; vi è antinomia tra questo articolo, e gli articoli 2265 e 2266 (2171 e 2172) del titolo delle prescrizioni, i quali portano che colui il quale acquista di buona fede da una persona che non è proprietaria, prescrive la proprietà per dieci anni tra presenti, e venti anni tra gli assenti. Ne risulta che la vendita della cosa altrui non è nulla; giacchè se questa non trasferisce *hic et nunc* la proprietà, dà il mezzo di acquistarla, e la trasferisce almeno mediatamente col decorso del tempo. Queste disposizioni sono evidentemente contraddittorie con quelle dell'articolo che esaminiamo.

» Non si può far dileguare la contraddizione senza una distinzione, come l'avevan fatto gli autori del primo progetto. Essi avevan detto: *La vendita della cosa altrui e qualificata tale nel contratto è nulla e non è obbligatoria*. Questa regola era perfettamente giusta. Solo i termini e *qualificata tale nel contratto* non erano esatti, perchè ne seguiva che non si poteva ammettere altra prova della cognizione del venditore, fuorchè la enunciazione inserita nell'atto. (*Dopo le diverse osservazioni presentate dalle corti di Francia, e da quel consiglio di stato su la redazione dell'articolo in esame seguono i nostri autori delle pandette*).

» Ma il signor Portalis nel suo esposto de' motivi di questa legge, il signor Portalis che con tanta istruzione, con cognizioni così estese, e con lumi così sicuri in legislazione, non può mettere un errore come principio, ha dato il vero senso di questo articolo.

» Non si può scientemente, egli dice, comprare nè vendere la cosa altrui. Noi abbiamo, ha egli aggiunto, a questo riguardo allontanato tutte le sottigliezze del dritto comune.

» Questo dritto, non ostante l'attenzione colla quale l'abbiamo esaminato, non ci ha su questo punto presentata alcuna sottigliezza. Noi non vi abbiamo ravvisato che il principio enunciato dal signor Portalis.

» Le leggi romane dicono che non si mette in dubbio che si possa vendere la cosa altrui e che vi sia veramente vendita; ma che la cosa venduta può esser tolta al compratore *rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emptio et venditio est, sed res emptori auferri potest L. 28 D. de contrah. empt.* In questo testo non vi è alcuna sottigliezza. Il principio è esattamente vero. Io trovo nei beni di mio padre un fondo, che non gli apparteneva, lo vendo. Il contratto certamente non è nullo. La vendita è vera. Io sono obbligato di consegnare, e di mantenere il possesso del compratore. Il vero proprietario può togliere al compratore la cosa venduta, o ciò ch'è lo stesso, evincerlo. Ma allora il venditore è obbligato di garantire, cioè di rendere non solamente il prezzo che ha ricevuto, ma quello che la cosa vale quando il compratore n'è spogliato, ed inoltre d'indennizzarlo dal pregiudizio che prova per l'evizione *in id quanti interest*. Dunque vi è contratto di vendita, e ne produce gli effetti. Dunque la vendita della cosa altrui non è nulla. Altrimenti non sarebbe vero il dire che produce l'obbligazione della garentia; o una tale obbligazione sarebbe illusoria.

» Il dritto romano distingue benissimo se il venditore ed il compratore han saputo che la cosa non apparteneva al venditore. Esse in questo caso decidono che la vendita è nulla *L. 4. L. 5. L. 70 D. eod.*

» L'articolo adunque sul quale scriviamo non dee intendersi in un senso assoluto. Già convien distinguere tra il caso in cui le due parti vendono, e comprono scientemente la cosa che non appartiene al venditore, e quella in cui il compratore ignora che il primo non è proprietario. Nella prima circostanza la vendita è nulla. Essa non produce gli effetti di questo contratto. La nullità, anche

quando il venditore avesse personalmente promesso pel proprietario, non è meno costante. S'egli allora è obbligato al risarcimento dei danni ed interessi verso il compratore, non è in virtù del contratto di vendita che non esiste, ma in seguito della obbligazione personale che ha contratta di fare in modo che la vendita avesse luogo. Tutto ciò è così vero che se il proprietario acconsente alla vendita, e la ratifica è egli il venditore.

» Nella seconda ipotesi fa d'uopo ancora distinguere tra le parti contraenti ed il vero proprietario. Riguardo a questo la vendita senza contraddizione è nulla. Egli può revindicare la sua cosa, e costringere l'acquirente a restituirgliela se n'è stato messo in possesso. Se non è stata consegnata, il proprietario non può essere costretto a spogliarsene.

» Ma riguardo al venditore ed al compratore la vendita è buona e valida. Essa produce tutti i suoi effetti. Il primo è obbligato di consegnare e garantire. Il secondo è tenuto a pagare. Egli non acquista la proprietà col solo consenso di vendita, ma ne trae il dritto di ottenerla colla prescrizione. S'è evitto, il venditore è obbligato di garentirlo, vale a dire d'indennizzarlo di qualunque perdita, di tutto il danno che prova: il che basta per la perfezione, e validità del contratto di vendita.

» In questo caso fia mestieri intendere l'articolo che ci occupa; ed è impossibile di applicarlo diversamente nella pratica. Non si mette in dubbio che se in tempo della convenzione il compratore sapesse che la cosa non apparteneva al venditore, e che ne avesse acquistato la prova, questi non sarebbe tenuto alla garantia anche quando avesse ignorato ch'egli non era il proprietario, ma ciò sarebbe per un'altra ragione. Da una parte il compratore dovrebbe imputare a se stesso di aver comprato; e colui che prova pregiudizio per sua colpa vien riputato non riceverne: *qui damnum sua culpa sentit, sentire non intelligitur. D. de reg. jur.* Egli se si è volontariamente esposto non può dolersene. Da un'altro canto il compratore è in cattiva fede riguardo al venditore. *Osservaz. all'art.* 1599 *del cod. civ.*

» Questo articolo, dice poi Maleville, è direttamente contrario alle leggi romane. *Rei alienae emptio et venditio est. L.* 28. *D. hic salvo jure domini dot. tit. Cod. de reb. ali. non alien.* Ciò significa, che da questa vendita ne risulta un'azione per obbligare il venditore a dare la cosa venduta e a garantire l'evizione o a risarcire i danni. *L.* 11. *de act. empti.* Di più il compratore può possedere e prescrivere. *L.* 74. *D. de contr. empt.* Che se poi il venditore diviene realmente proprietario della cosa, egli è obbligato a rilasciarla senza altro contrasto *L.* 47. *D. de act. empti.*

» Per fiancheggiare il cangiamento di questa giurisprudenza si disse, che era assurdo il vendere una cosa, che non ci appartiene, e che nessuno può trasmettere ad altrui più diritto di quello ch'egli ha. *Nemo plus juris*, ec.

» Nulladimeno questo articolo fu vivamente contradetto dal tribunato, ed ebbe una lieve maggioranza di suffragi. Può accadere, che taluno mi prometta di vendermi il suo fondo, ch'io non voglio però comperare che affine di ricambiarlo con altro fondo. Comincio adunque dal vendere il fondo promesso. Ogni dì ciò succede nel commercio. Un negoziante vende delle cose, che non sono per anco in suo potere. Or gli effetti della vendita della cosa altrui sono quali io gli ho riportati in rimembrando le leggi romane. Ma ora la massima contraria è decretata, egli è forza osservarla. Notisi però, che la prescrizione è ammessa.

» A prima giunta si leggevano nell'articolo le seguenti parole. » La vendita della cosa altrui è nulla ancorchè sia qualificata per tale » Le ultime espressioni furono tolte, perchè la vendita doveva sempre esser nulla, sia o non sia qualificata la cosa di ragione altrui.

» Nella discussione del consiglio di stato si statuì però, che se nel contratto si avesse detto, che la cosa apparteneva ad altrui, il compratore non potrebbe altro chiedere, che la restituzione del prezzo, e laddove nel contratto non si avesse fatto motto di questo, il venditore era obbligato a risarcire i danni apportati al compratore per aver abusato della sua buona fede. Ma bisogna, che il

compratore non sappia nulla, altrimenti non potrebbe pretendere che il prezzo.

» Si disse ancora nella discussione, che non essendo nel contratto espresso, che la cosa apparteneva ad altrui, potrebbe accadere, che il venditore lo ignorasse, e che allora non dovrebbe esser tenuto a risarcire i danni. La conchiusione non è giusta, perchè il compratore non debbe pagare il fio della imprudenza del venditore. Solochè i danni dovrebbero allora restringersi ai discapiti sofferti, e nulla più.

» Si addomandò, se la vendita, che una madre tutrice facesse de' beni da lei posseduti in comune coi figli sarebbe nulla in forza dell'articolo. Si rispose di no, perchè la madre non venderebbe allora cosa di ragione altrui, avendo ella facoltà di vendere in qualità di tutrice. Ma bisogna in tal caso supporre, che la madre osservi le formalità prescritte per l'alienazione dei beni de' minori. Oltracciò non si può vendere la cosa comune, che per la porzione propria. *L. 2. Cod. de comm. rei alien.* qualunque sia la porzione che spetti all'altro proprietario. *Malleville. Osservazione all' art.* 1599 *del codice civile.*

» Nel dritto romano (*L. 28. D. de contrah. empt.* e §. 4. *Inst. de Legatis.*), osserva a di più Delvincourt, e nell' antico dritto francese questa vendita si riputava valida: e benchè siasi detto nel codice ch' essa è nulla, non vi è ciò nonostante tra i due sistemi tanta diversità quanta ne sembra derivare dall' espressioni. In fatti questa vendita era nulla anticamente come la è oggigiorno nel senso ch' essa non era un titolo proprio a trasferire la proprietà colla tradizione; ma essa produce pure presentemente, come anticamente lo produceva, considerevoli effetti: essa serve di base alla prescrizione, all'azione di garentia, ec. lo anzi non veggo che una sola differenza tra il dritto romano e l' attuale dritto francese su questo punto. Nel roman dritto vi era ordinariamente pel caso di evizione due sorte di azioni, quella *ex empto*, e l' altra *ex stipulatu* che risultava dalla stipulazione detta *stipulatio duplae*, la quale era sempre aggiunta alla vendita. Quest' ultima azione ch' era di stretto dritto non poteva essere esercitato dal compratore, se non quando egli fosse effettivamente evitto. (*L. 3. cod. de evict.*) Egli veramente poteva agire, prima di esser turbato, contra il suo venditore coll' azione *ex empto*, ma soltanto allora che quest' ultimo avesse saputo al momento della vendita che la cosa apparteneva ad altri. (*L. 30, §. 1. De de act. empti.*) Presentemente tra noi egli potrebbe domandare la nullità della vendita, prima che ne fosse turbato, e quando anche il venditore fosse stato di buona fede.

» Del resto qual' era presso i romani l'effetto del principio che dichiarava valida la vendita della cosa altrui? Quest' era,

1.° Che il venditore era tenuto a consegnare la cosa perchè non poteva trarre eccezione dal suo dolo. Io dubito che si decida diversamente nel dritto attuale, e che il venditore il quale fosse ancora in possesso della cosa, potesse dispensarsi dal rilasciarla, sotto il pretesto ch' essa non gli appartiene, a meno pertanto che non si fosse contro di lui prodotta domanda di rivocazione;

2.° Ch' egli era tenuto d' indennizzare il compratore nel caso di eccezione. Sarebbe lo stesso presso di noi giusta lo stesso articolo 1599 (1444) se il compratore fosse di buona fede.

3.° Che il compratore poteva, in forza di questa vendita, e della tradizione che l'aveva seguita, possedere, e prescrivere. La nostra prescrizione di dieci o di venti anni non ha altra base.

» Si vede dunque che la differenza fra le due legislazioni, che al primo colpo d' occhio sembrava esser totale, non si riduce nel fatto che a poco.

» Ma *quid*, se dopo la vendita il venditore ha fatto cessare l' interesse del proprietario, e con ciò sia finito ogni pericolo di evizione? Si è giudicato dalla corte di Lione che ciò non impediva che la vendita dovesse essere dichiarata nulla, e col rinfranco de' danni ed interessi; venne così giudicato in un caso forse il più favorevole pel venditore.

» Un zio era proprietario per indiviso di quattro quinti di un podere, di cui l' altro quinto apparteneva a sua nipote. Egli per-

muta questo podere con altro proprietario, il quale conoscendo che la nipote era proprietaria di un quinto domanda la nullità della permuta coi danni ed interessi, ed anche coll'arresto personale a motivo dello stellionato. Lo zio dietro questa domanda si affretta di fare con sua nipote una divisione, in forza della quale l'immobile gli è aggiudicato interamente. Oppone allora all'acquirente questa divisione come quella che faceva cessare ogni pericolo di evizione. Ciò non ostante il tribunale di prima istanza e la corte di Lione pronunciarono la nullità della permuta con tre mila franchi di danni ed interessi, e coll'arresto personale. Si ricorse per cassazione, ma coll'arresto del 16 gennajo 1810 venne rigettato il ricorso. (Sirey 1810 parte prima pag. 204). Io non parlerò di quest'ultima decisione. Può dirsi che la corte di Lione non aveva violata la legge, mentre, se vi era di riprensibile nella sua decisione era appunto di aver troppo giudaicamente seguita la lettera della legge. In fatti noi abbiamo dimostrato che anche secondo il codice, era impossibile applicar l'art. 1599 tal quale è scritto, e che riguardo agl'immobili la vendita della cosa altrui è tanto lontana dall'esser nulla che presso a poco produce gli stessi effetti che nell'antico dritto produceva, nel quale si sosteneva per valida. Riguardo ai mobili, egli è chiaro giusta gli articoli 2279 (2185) e 2280 (2186) che non possa ad essi applicarsi l'articolo 1559, poichè risulta formalmente dall'articolo 2279 che quando la cosa non sia stata nè perduta nè rubata, il possessore n'è sempre il proprietario.

» Questo articolo 1599 (1444) non deve dunque essere applicato se non con somma precauzione. E ben certamente non doveva esserlo nel caso proposto, in cui l'acquisto non aveva più da temere evizione. È d'altronde massima, anche secondo il codice, che un atto nullo nel suo principio, diviene valido ogni volta che, in favor di colui il quale poteva domandarne la nullità, esso abbia tutto l'effetto che avrebbe avuto qualora fosse stato primitivamente valido. In fatti noi vediamo che l'articolo 1238 (1191) dopo aver deciso come punto generale, che il pagamento è nullo quando il pagatore non è proprietario della cosa pagata, aggiugne che ove per altro il creditore abbia ricevuto e consumato la cosa di buona fede, valido è il pagamento. E noi abbiamo dimostrato nella nota 347 al tit. delle successioni vol. IV. pag. 345, essere siffatta disposizione fondata sul riflesso, che non potendo in detto caso esercitarsi revindica contro il creditore, il pagamento aveva riguardo a lui tutto l'effetto che avrebbe potuto avere se fosse stato valido da principio. Or nella specie sottoposta alla corte di Lione eravi egual motivo per decidere, dapoichè per mezzo della divisione, la vendita aveva pel compratore l'intero effetto che avrebbe avuta se il venditore fosse stato *ab initio* proprietario della totalità. Anzi eravi nell'affare questa particolare circostanza che la divisione essendo nel nostro dritto un atto semplicemente dichiarativo del proprietario, poteva in rigore pretendersi che il venditore era proprietario del totale sin dal momento della vendita. Ma non insisteremo noi su quest'ultimo mezzo quantunque valevolissimo, poichè esaminiamo la questione solamente come punto di dritto, prescindendo da ogni circostanza particolare.

» Si dirà forse per giustificare l'arresto di Lione che la domanda per la nullità essendo stata formata prima della divisione, la corte doveva pronunziar la nullità, poichè in fatto di decisioni, bisogna sempre riportarsi al tempo della domanda? (*L. 20 D. de rei vindicat.*). Ma bisogna riflettere che ciò è vero in materia di revindica e di petizione di eredità, nel senso che il convenuto debba essere condannato a rinfrancare l'attore di tutto il vantaggio che questi avrebbe ricavato dalla cosa, qualora gli fosse stata restituita nell'epoca della domanda. Questa disposizione è giustissima, poichè mira a prevenire gl'inconvenienti che risultano dalle cavillazioni, e dalla mala fede, ma il codice si guarda dall'applicare lo stesso principio alle domande di nullità, o di risoluzione di contratti: noi vediamo al contrario dagli articoli 1184, e 1655 (1137 e 1491.) che se la risoluzione di una vendita è domandata a motivo della mancanza di pagamento del prezzo, e che pri-

ma della sentenza il convenuto abbia fatto cessare la causa della domanda il giudice deve rimandarlo assoluto, o tutto al più condannarlo alle spese. Sembra dunque da ciò risultare, che la dottrina stabilita dall'arresto in quistione è contraria allo spirito del codice, non che alla buona fede, anima di tutti i contratti; ed io penso che io ogni caso in cui il periglio dell'evizione è cessato, o perchè il venditore è divenuto erede del proprietario, o perchè il compratore ha prescritto, la nullità della vendita noo può essere più proonnziata, attesa la maocanza d'interesse da parte dell'acquirente.

»Non debbo dissimulare per altro, che sia stato deciso presso a poco nel medesimo senso dalla Corte di Rion il 3o oovembre 1813 (Sirey 1813 2. parte pag. 360). Ma ciò mostra aozi maggiormente la necessità di reclamare cootra l'introduzione di uoa simile giurisprudenza.

» Io credo egualmente, che se la cosa fu veoduta come non appartenente al venditore, ma essendosi egli fatto garante del proprietario, la cooveozione è valida, come tutte quelle in cui alcuno ha garaotito per uo altro. Così fu deciso in Torino il 17 aprile 1811. Ma in questo caso, ove il proprietario ratifichi, da qual tempo la vendita si presume perfetta in quanto ai rischi della cosa? Soltaoto dal giorno della ratifica. Non così nel caso in cui la veodita fosse stata fatta dal proprietario incapace, e da lui ratificata dopo la cessazione della incapacità sua, mentre allora la vendita si reputa perfetta dal giorno del contratto. La ragione della differenza si è che, in quest' ultimo caso, può la vendita in vero resciodersi, ma essa nondimeno esiste; talchè se la recissione non è chiesta nell' iotervallo prescritto dalla legge la vendita consegue intero effetto dal giorno in cui fu conseotita. Or la ratifica espressa dee avere lo stesso effetto della ratifica tacita. Nel primo caso al contrario non vi ha vendita, ma promessa di far vendere, la ratifica del proprietario è dunque realmente una vendita da lui consentita. In una parola, nel caso di vendita fatta da un incapace, essa è valida finchè la rescissione non n'è domandata; all'opposto nel caso di vendita da un terzo il quale si fa mallevadore del proprietario, essa è nulla sino a che costui noo avrà notificato. Questa vendita aduoque non si ha come perfetta se non dal momeoto io cui ebbe luogo tale ratifica, nè il rischio è a carico del compratore che da quel momento medesimo. (Argomeoto tratto dall' art. 1182 (1135.). Si vegga del resto la nota 49 al tit. del cootratto di matrimonio Vol. VII, ciò che dovrebbe esser deciso nel caso in cui oell' intervallo il compratore si fosse maritato sotto la regola della comunione.

Quid, se nel caso della vendita della cosa altrui il proprietario diviena erede del venditore? Egli ooo può rivendicare a cagioo della regola *eum quem de evictione. L.* 1. §. 1. *D. de except. rei venditae*, so tuttavia trattasi di un erede puro e semplice. Meotre se fosse un erede beoeficiato siccome egli non confoode, così potrebbe revindicare, rinviando l'acquirente a ricorrere cootro la successione pei danoi ed ioteressi, se vi fosse luogo.

»Ma s' egli è un erede parziale, può almeno rivendicare per le parti di cui oon è erede? Vedi quì appresso la nota 65.

» Del resto s' iutende che la disposiziooe dell'articolo 1599 non è applicabile alle materie commerciali. Gioroalmente i negozianti vendono mercaozie che oon tengono, e la veodita è valida. *Delvincourt Corso di Codice civile. Vol.* 8. *nota* 31. *al Tit.* 2.

Pothier espone finalmente gli obblighi che contrae il veoditore verso il proprietario del la cosa che egli vende.

» Nei precedenti capitoli, egli dice, noi abbiam trattato degli impegni ed obbligazioni del veoditore che nascooo dal contratto di vendita, e che egli assume verso il compratore col quale contratta: oltre queste obbligazioni che contrae verso il compratore col quale contratta quegli che vende la cosa altrui, altre ne contrae verso il proprietario della cosa da esso venduta.

» Queste non nascono propriamente dal contratto di vendita *per se*, non formando i contratti delle obbligazioni che fra' contraeoti; ma derivano da una cosa iodiffereote; il che siamo per ispiegare.

» Rispetto a ciò è necessario distinguere differenti casi. Il primo è quello in cui alcuno vende una cosa mobile che sa non appartenergli. Non v'ha dubbio che vendendo e consegnando questa cosa ch'ei sa non esser sua, commette verso il proprietario, cui essa appartiene, un furto di detta cosa; *L.* 1, *L.* 7, *Cod. de usuc. pro empt.*; e per conseguenza contrae verso lui l'obbligazione che deriva da questa specie di delitto. Nasce da quest' obbligo l'azione che chiamasi *condictio furtiva*, colla quale detto proprietario ha diritto di chiedergli la restituzione della cosa, o il prezzo, se non può restituirgliela.

» Questo prezzo che è obbligato restituire al proprietario, in mancanza della restituzione della cosa, può esser più considerevole di quello pel quale ei l'ha venduta. Imperocchè se l'avesse venduta al di sotto del suo valore, il proprietario verso chi è responsabile della restituzione della cosa medesima, non è tenuto a contentarsi di detto prezzo; mancando di potergli restituire la cosa stessa, ei deve restituirgli il vero valore.

» Tale venditore può inoltre essere obbligato ad assai più del vero valore della cosa; conciossiachè quando il proprietario soffra o abbia sofferti dei danni ed interessi dalla privazione della sua cosa, ei deve indennizzarlo, secondo la regola generale che quegli che ha commesso qualche delitto, di qualunque specie esso sia, deve indennizzare quello a di cui pregiudizio lo ha commesso, di ciò che ei soffre.

» Allorchè quegli che ha venduta una cosa che sapeva non esser sua ne ha percepito un prezzo assai vantaggioso, e che in seguito ne sia divenuto possessore, non importa per quale titolo; il proprietario di detta cosa ha egli la scelta di ripetere la cosa, o il prezzo pel quale è stata venduta, offrendo di lasciargliela? Io credo ch'egli abbia tale scelta. Imperocchè questo possessore di mala fede avendo commesso un furto vendendo e consegnando la detta cosa che sapeva non appartenergli, non dee profittare di detto furto, nè per conseguenza ritenere il prezzo vantaggioso pel quale è stata venduta. Quegli che ritiene la cosa altrui indebitamente è obbligato verso il proprietario cui essa appartiene, non solo alla restituzione della cosa, ma alla restituzione del profitto che da essa ha ricevuto, come è quello che ha percepito vendendola per un prezzo vantaggioso. L'equità naturale non permette che alcuno possa profittare del suo delitto: *Fraus sua nemini opitulari debet*.

» Il secondo caso è quando alcuno ha venduto senza averne diritto, come cosa ad esso appartenente, un podere o una cosa incorporea che sapeva esser mia: in questo caso egli non commette un furto propriamente detto, non essendo siffatte cose suscettibili di furto, *cum furtum non cadat nisi in res mobiles et corporales L.* 25. *ff. de fur.*, commette però verso di me una ingiustizia eguale. E poichè l'equità naturale non permette che alcuno profitti della sua ingiustizia, in caso che io preferissi alla cosa il prezzo pel quale essa è stata venduta; e ch'io desistessi dal diritto che ho di rivendicarla, egli è tenuto verso di me, *actione in factum*, di rendermi il prezzo per cui fu da esso venduta la mia cosa, quando l'abbia già ricevuto, o di surrogarmi ne'suoi diritti contro il compratore per esigerlo, se non l'abbia ancora ricevuto.

» Non importa che quegli il quale ha venduta come sua la cosa che sapeva appartenermi, la possedesse senza titolo o in virtù di un giusto titolo; non importa che la possedesse a titolo lucrativo, o anche a titolo oneroso; perchè quantunque egli la possedesse a titolo oneroso, quantunque l'avesse comperata di buona fede, appena però ebbe notizia che quella mi apparteneva, egli ha l'obbligazione di restituirmela. Il diritto naturale non proibisce semplicemente di prendere, ma altresì di ritenere l'altrui proprietà. Se quindi in vece di rendermela, ei ne dispone vendendola come cosa ad esso appartenente, quantunque l'avesse acquistata di buona fede, vendendola, non commette meno un furto, quando sia un mobile corporale, o quando sia un fondo, un'ingiustizia simile al furto, la quale l'obbliga a tutto ciò che abbiamo esposto.

» Il terzo caso ha luogo quando quegli che possedeva di buona fede la cosa altrui a titolo di donazione o di legato, l'abbia venduta di buona fede come ad esso appartenente, ignorando che spettasse ad altri. Il proprietario della detta cosa la quale poscia sia

perita, o che più non si trovi, può egli domandare la restituzione della somma per cui quegli l'ha venduta? Questo caso è differente dei due precedenti; perciocchè in questo io ho venduta di buona fede la cosa; in conseguenza, vendendola, non ho commessa alcuna ingiustizia verso il proprietario di essa. Africano però, in conformità dell'opinione di Giuliano, decide nella legge 23 *de reb. cr.* che anche in questo caso competa al proprietario il diritto di domandare a quello che l'ha venduta la restituzione del prezzo: *Si cum servum qui tibi legatus sit quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Julianus ait.* Questa decisione è appoggiata a quella grande regola di equità naturale, che non è permesso di arricchirsi colle altrui sostanze, dal che segue che io non debbo profittare del prezzo della cosa altrui che per errore ho venduta come mia. È questa la ragione addotta dal giureconsulto nella citata legge: *Posse te mihi pretium condicere Julianus ait, quod ex re tua locupletior factus sim.*

» Il quarto caso è quando voi vendete di buona fede la cosa altrui che avete comprata di buona fede da quegli che non ne era proprietario. Questa cosa essendo in seguito perita, ovvero più non ritrovandosi, il vero proprietario potrà egli ripetere da voi il prezzo pel quale l'avete venduta? Le ragioni su cui è basata la decisione per l'affermativa nel caso precedente, non s'incontrano in questo. Voi l'avete venduta di buona fede, e pare che non si possa dire, come nel caso precedente, che vendendola voi vi siete arricchito col prezzo della cosa altrui, perchè rivendendola, non vi siete arricchito, ma avete piuttosto ricuperato il prezzo che vi era costata. Vi è solo il caso in cui voi l'aveste venduta per un prezzo più caro di quello pel quale l'avete comperata, che potrebbe sembrare in certo modo eguale al precedente, e dovervi obbligare alla restituzione, non già di tutto il prezzo, ma solo dell'eccedente di quello che vi fosse costato. Malgrado le anzidette ragioni, Pulveo, nel suo trattato *de rei alien. distract. cap.* 20, è di parere che quegli il quale di buona fede ha venduta la cosa altrui che esso aveva comperata da quegli che non ne era proprietario, sia tenuto a restituire il prezzo al vero proprietario, *utili actione negotiorum gestorum*: avvegnachè vendendo questa cosa, quantunque egli avesse creduto fare un fatto suo proprio per la persuasione in cui era che la cosa gli apparteneva, pure nella vendita egli faceva l'affare del proprietario della cosa piuttosto che il suo; e questa gestione lo obbliga a far ragione al proprietario, *domino negotii*, di ciò che ha conseguito da questa gestione. Egli lo deve, non secondo la sottigliezza di diritto, poichè esso non ha avuta la intenzione di assumere alcun obbligo di render conto di detta vendita, credendo vendere la sua propria cosa, ma secondo l'equità; perciocchè effettivamente vendendo la cosa egli ha fatto l'affare di colui cui essa apparteneva; e perciò *tenetur actione negotiorum gestorum, non quidem directa, sed utili.* Pulveo, per appoggiare tale opinione, si fonda sulla legge *fin. ff. de neg. gest.* Giusta il caso di questa legge, voi avevate comperato da me uno schiavo, ed avevate venduto di buona fede come a voi appartenente una cosa che avevate trovata in potere del detto schiavo, la quale mi apparteneva, perchè da esso rubatami. Africano decide che a me si compete contro di voi l'azione per la restituzione del prezzo, *de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses.* Questa opinione di Pulveo sembrami soffrire difficoltà; la legge cui ei si appoggia non è decisiva per questa opinione. Nel caso della legge, voi avevate comperato lo schiavo, ma non avevate comprata la cosa che lo schiavo mi aveva rubata, e che voi avete venduta; tale cosa nulla vi costava. Quindi questa legge prova solo che colui il quale ha venduto, benchè di buona fede, la cosa altrui che possedeva a titolo lucrativo, è tenuto a restituirne il prezzo al vero proprietario; ma non prova che vi fosse obbligato, quando l'avesse comperata. S'insisterà forse dicendo che la ragione menzionata in detta legge per fondare la domanda della ripetizione del prezzo, è che, vendendo come a voi spettante la cosa che mi apparteneva, effettivamente voi avete fatto il mio affare, sebbene credeste di fare il

vostro: ora, si dirà, questa ragione vale tutte le volte che voi avete venduto, benchè di buona fede, e come a voi appartenente, una cosa che era mia. Essa milita, sia che voi possedeste detta cosa a titolo lucrativo, sia che l'aveste comprata; perchè è sempre vero il dire che voi vendeste la cosa mia, e che per conseguenza voi avete fatto il mio affare. A questo ragionamento si può rispondere, che quando voi vendete di buona fede una cosa che avete comprata, quantunque essa non appartenga a voi, ma a me, la vendita che ne fate è realmente il vostro e non il mio affare; *tuum negotium geris, non meum.* Se nel caso della legge sopra citata, si dice che voi siete obbligato di rendermi ragione del prezzo della cosa che avete venduta, come se voi aveste fatto l'affare mio credendo fare il vostro, ciò non è per la sola ragione che la cosa voi avete venduta era una cosa che mi apparteneva; ma anche perchè questa cosa che mi apparteneva, era una cosa rubatami dallo schiavo che io vi aveva venduto, una cosa che voi non avevate comperata, che nulla vi era costato, e del cui prezzo voi non dovevate per conseguenza profittare a mie spese. La vendita che avete fatta di tale cosa, essendo una vendita, il cui prezzo secondo le regole dell'equità non doveva cedere a vostro profitto, ma al mio, ne segue che la vendita che ne avete fatta era il mio affare che voi facevate, credendo fare il vostro. Da questa spiegazione risulta che questa legge egualmente che la legge 23, *ff. de reb. cred.* non è decisiva che pel terzo caso, e che essa nulla prova a favore dell'opinione di Pulveo nel quarto caso. La legge 3. *Cod. rei vend.*, e la legge 1. *Cod. de reb. alien. non alien.* provano anche meno per la opinione di Pulveo; potendo esse intendersi del caso in cui il venditore vendendo la cosa avesse avuta cognizione ch'essa non gli apparteneva. L'opinione di Pulveo non è dunque poggiata ad alcun testo di diritto. Al contrario si può trarre argomento dalla legge 17. *ff. de rei vind.* contro la sua opinione: in detta legge si dice che nel caso in cui Mevio, proprietario di una cosa ch'io ho comperata da Tizio, avesse promossa la domanda in rivendicazione; se, dopo la domanda, e *post acceptum judicium*, io ho venduta detta cosa ad un secondo compratore, pel fatto del quale essa è perita, io sono tenuto di far ragione a Mevio, proprietario della detta cosa, del prezzo pel quale io l'ho venduta. Ulpiano avendo deciso in questa legge che io era obbligato a restituire il prezzo quando io abbia venduto la cosa *post acceptum judicium*, in forza di un argomento negativo ne segue che io non ne sarò tenuto quando l'avessi venduta di buona fede prima di alcuna domanda. È vero però che gli argomenti negativi non sono sempre molto concludenti. *Pothier. Trat. del contr. di vendita. Vol. I. n.* 269. *a* 275.

Eseguita la vendita di un medesimo fondo dallo stesso padrone a due persone diverse, ed in diverso tempo, è a vedersi se il primo contratto sia più legale del posteriore, anzicchè occuparsi della verifica delle date dei contratti stessi. Secondo questi principj la suprema corte di giustizia decise a'24 agosto 1822:

» *Fatto*. Con due atti de' 4 aprile 1814; e 18 ottobre 1815 distesi avanti al Sindaco per mancanza di notajo, ed a tre testimonj, D. Romualdo Greco comprò da D. Berardino Rizzuti due fondi denominati *Acqua di rubbo*, ed *Aprevetera* per ducati 35. 50. I suddetti due atti furono registrati nel dì 17 gennajo 1817.

» Nel dì 3 settembre 1816 D. Luigi Benincasa comprò con istrumento dal detto signor Rizzuti li due anzidetti fondi per ducati 72 e nel dì 1 del seguente ottobre trascrisse i titoli, e passò i fondi ne' libri catastali in testa sua.

» Nel dì 30 gennajo 1817 il signor Greco chiamò in conciliazione li signori Rizzuti, e Benincasa. Il signor Rizzuti rispose, che col primo atto egli intese fare un contratto anticretico, e che non era stato presente al secondo atto. Riuscita inutile la conciliazione, il detto signor Benincasa chiamò il signor Greco avanti al giudice del circondario di Rossano, il quale con sentenza contumaciale de' 21 gennajo 1820 confirmata poi in grado di opposizione nel dì 8 maggio dello stesso anno dichiarò appartenere i due fondi controversi al signor Benincasa. Il signor Greco nè appellò, ma il suo appello fu rigettato dal tribunale civile di Cosenza con sentenza de' 15 luglio del suddetto anno.

» Il signor Greco ne ricorse alla corte suprema di giustizia, deducendo tra l'altro 1.° di essersi violato l'articolo 131 delle leggi di procedura per avere il tribunale cumulato il possessorio col petitorio: 2.° che si erano anche violati gli articoli 1421 e 1428 e 1315 delle leggi civili; che a' termini dell'articolo 1295 delle stesse leggi dovea ordinarsi la pruova testimoniale; che finalmente si era violato l'articolo 1444 delle suddette leggi.

» Udito il rapporto: ec. ec. ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso all'annullamento della sentenza impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la sentenza: visto il ricorso:

» Attesocchè lo stato della causa, che si presentò in prima istanza innanzi al regio giudice del circondario di Rossano, la cui sentenza fu confermata dal tribunale civile di Cosenza a 17 settembre 1820, offriva una questione puramente possessoriale tra Greco, e Benincasa, i quali asserendosi entrambi compratori de' fondi controversi, facevano a gara per dimostrare ogn'uno il possesso dalla parte sua.

» Attesocchè il signor Greco, che prevenne nel giudizio il signor Benincasa con la chiamata in conciliazione fatta nel dì 30 gennajo 1817 avanti al regio giudice di Campana enunciò i suoi contratti anteriori a quello di Benincasa, perchè dell'epoca de' 4 aprile 1814 e de' 18 ottobre 1815; e sostenne in faccia a Rizzuti venditore, come anche in faccia al suddetto compratore Benincasa, ch'egli dopo i contratti suddetti aveva pagato il prezzo, ed era stato messo nel possesso de' fondi; alle quali cose rispondendo il signor Rizzuti non negò, che Greco possedeva, ma solamente fece osservare, che il contratto al suo modo d'intendere dovea aversi per un contratto anticretico, e non già per un contratto di compra vendita.

» Attesocchè i giudizj correzionali, promossi poi dal Greco contro Rizzuti, e Benincasa per la turbativa del possesso, e per le invasioni fatte ne' fondi, anche dimostrano che nel fatto Greco era il possessore.

» Attesocchè la stessa domanda fatta dal signor Benincasa innanzi al regio giudice di Rossano, ed espressa nell'atto di citazione del giorno 11 gennajo 1820 sulla quale cadde la sentenza controvertita fu ne' stretti termini di giudizio possessorio, avendo conchiuso di ordinarsi, che fosse egli mantenuto nel pacifico possesso e percezione de' frutti de' fondi comprati, con inibirsi il signor Greco a più turbarlo, altrimenti esservi astretto colla forza della legge, e condannarsi ancora lo stesso Greco a tutt'i danni, ch'egli aveva sofferti col detto turbamento.

» Attesocchè allorquando nelle azioni possessorie il possesso è contradetto, il giudice deve ordinare un esame da versare semplicemente nel fatto, per conoscere, e giudicare chi de' litiganti debba esser mantenuto nel possesso: art. 128 delle leggi di procedura civile.

» Attesocchè è impedito ai giudici di cumulare insieme il giudizio possessorio col petitorio: art. 129 delle dette leggi.

» Attesocchè il reo convenuto nella causa del possessorio non può far le difese contemporaneamente sul petitorio: art. 131 delle stesse leggi.

» Attesocchè nella specie non era il caso di esaminare se le scritture private, dalle quali avevano causa le compre del Greco a' termini dell' art. 1282 delle leggi civili, dovevano avere data certa nel tempo della loro formazione, che fu antecedente al contratto di Benincasa, o pure al tempo del loro registro, che fu posteriore a questo contratto. La controversia risedeva nell' esaminare se i contratti di Greco antecedenti al contratto di Benincasa erano legali, e sussistenti per modo che poi il venditore Rizzuti non poteva per la seconda volta vendere i fondi medesimi in beneficio di Benincasa, ostando la disposizione espressa dall'art. 1444 delle stesse leggi.

» Attesocchè quando si fosse dubitato della validità delle scritture private, che contenevano le compre antecedenti fatte da Greco, siccome anche tolte di mezzo le scritture, ciò non ostante restar potevano i contratti medesimi perfezionati dal mutuo consenso delle parti; ed in questo caso non era impedito al giudice di ordinare una pruova

testimoniale nelle circostanze, che il prezzo di tutti, e due le vendite fatte a Greco non oltrepassava la somma di ducati 45 e grana 50 cioè era infra de' ducati 50 a termini dell'art. 295 delle leggi medesime.

» Per siffatte considerazioni la Corte Suprema annulla la impugnata sentenza, rimettendo le cose allo stato ad essa precedente, invia la causa per nuovo esame al tribunale civile di Napoli; ed ordina di restituirsi il deposito.

§. 19. » Non si può vendere l'eredità di » una persona vivente, ancorchè questa vi » acconsentisse. *Art.* 1445. *Leg. civ.*

È uniforme all'articolo 1084. Vedi *Contratto* §. 22.

Pomponio dichiarò anche nulla la vendita della eredità dell'uomo vivente.

» Si hereditas venierit ejus qui vivit, aut nullus sit, nihil esse acti; quia in rerum natura non sit quod venierit. *L.* 1. *D. de hereditate, vel actione vendita.*

» *Casus.* Vendo hereditatem vivi, vel illius cujus commercium non fuerit in rerum natura, puta ejus quod in nullius bonis est; et sic est in litera nullius, vel si est in litera nullius; et sic melius tunc dicit illius qui nullus est, puta servus de jure civili, nil ago, et non valet emptio venditio; quia in rerum natura esse debet quod venditur. »

Pothier trattando della vendita dei dritti di successione ed altri appartenenti alla persona del venditore, fa conoscere 1.° quale eredità si possa vendere: 2.° cosa comprenda la vendita di una eredità: 3.° gli oblighi del venditore: 4.° gli obblighi del compratore.

§. I.

Quale eredità si possa vendere.

» Bisogna che abbia esistito e sia morto quegli la di cui eredità si vuole vendere; perchè non può esservi luogo all'eredità di un uomo che non abbia mai esistito, o che sia ancora vivente. *L.* 1. ff. *de hered. vend.* *L.* 7. ff. d. tit.

» Perciò se per errore alcuno abbia venduta l'eredità di suo padre ch'ei credeva morto, e che si trovi ancor vivente, la vendita è nulla, e non produce alcuna obbligazione nè dall'una parte nè dall'altra; *d. L.* 1. *ff. de hered. vend.*

» Quando il compratore abbia per errore pagato il prezzo, potrà ripeterlo *conditione sine causa*; perchè ha pagato senza causa, non essendovi alcuna vendita. Avrà anche il diritto di ripetere tutto ciò che gli costa questa falsa vendita; perchè il venditore che lo ha indotto in errore, vendendogli ciò che non esisteva, dee riparare il torto che gli ha recato. Tutto ciò è conforme alla legge 8, ff. *de hered. vend.*

» Potrebbe ella vendersi l'eredità futura di una persona? La ragione di dubitarne nasce da ciò che venne stabilito nella prima parte di questo trattato, *n.* 5, che possono vendersi le cose di cui si spera la futura esistenza; come quando prima della raccolta noi vendiamo il vino che raccoglieremo. La ragione di decidere è che tale regola offre eccezione rispetto alle cose la cui speranza offende la decenza e pregiudica i buoni costumi, come è una eredità futura che non si potrebbe sperare, senza sperare la morte della persona che deve produrne l'apertura, la qual cosa non è permessa dai buoni costumi. La nostra decisione è conforme a quella dei giureconsulti romani, i quali han condannato ogni sorta di convenzioni sulle successioni future, perchè contrarie ai buoni costumi; *L.* 19. *l. fin. Cod. de pact.* Secondo le leggi romane tali convenzioni erano interdette anche nei contratti di matrimonio; *L.* 15 *Cod. de pact.* Nel nostro diritto il favore accordato a simili contratti le ha fatto ammettere; altrove però noi non le ammettiamo. *Veggasi il nostro Tratt. delle obl. n.* 132.

» La vendita di un'eredità non è valida, se l'eredità non esiste ancora. Non è però necessario, perchè la vendita sia valida, che l'eredità appartenga al venditore; perchè secondo le massime esposte nella prima parte, *n.* 7., è valida la vendita che si fa della cosa altrui, *Res aliena vendi potest.* Perciò quegli che vende dei diritti di successione che non gli appartengono, *puta*, perchè egli non è in grado di succedere, o perchè non è erede che per una porzione minore di quel-

la che ha venduta, contratta validamente, e si obbliga a far avere al compratore il valore di detta eredità che ha venduta; vale a dire tutto ciò che egli avrebbe avuto, se gli fosse effettivamente appartenuta l'eredità; L. ff. *de hered. vend.*

» Se alcuno non ha precisamente venduto l'eredità di una persona, ma le sue pretensioni a detta eredità, onde l'acquirente le eserciti a suo rischio, e dire al compratore che gli appartiene effettivamente l'eredità; in questo caso, se viene giudicato contro al compratore che l'eredità non apparteneva al suo cedente, il venditore non dovrà nulla al compratore, nemmeno la restituzione del prezzo; conciossiachè non è precisamente la eredità che è stata venduta, ma piuttosto le pretensioni del venditore quali erano, bene o mal fondate: *non haereditas, sed incertum hereditatis venit.* In questo caso un azzardo ha formato l'oggetto del contratto, egualmente che quando si compera una gettata di rete di un pescatore; *L.* 10. *e L.* 11. *ff. de hered. vend.*

» Quando però il venditore abbia vendute le sue pretensioni, conoscendo che esse erano destituite di fondamento, quantunque le abbia vendute con espressa dichiarazione che ei non intendeva garentire che la eredità gli appartenesse, per causa del suo dolo sarà tenuto alla restituzione del prezzo; dovrà inoltre indennizzare il compratore di tutto ciò che gli sarà costato. *L.* 12. *ff. d. tit.*

§. II.

Cosa comprenda la vendita di un' eredità.

» Quando si vende un' eredità non si vende già il titolo e la qualità di erede. Questo titolo e questa qualità sono annessi alla persona dell' erede, e non possono separarsene: quindi possono vendersi: avvegnachè siccome niuno può obbligarsi all'impossibile, non può obbligarsi verso un altro a fargli avere una cosa che per sua natura non può sussistere in niun'altra persona fuorchè nella sua.

» Cosa dunque si vende quando si vende l'eredità di un defunto? Si vende tutto ciò, che ne è provenuto e ne proverrà. Quando io vendo i miei diritti alla eredità di alcuno, vendo ogni emolumento che ho ricevuto da detta eredità e tutto ciò che potrò conseguirne; in una parola tutto l'attivo, coll' obbligo per parte del compratore di esonerarmi da tutti i debiti e pesi della successione, ed indennizzarmene.

» Da ciò deriva che l'erede il quale ha venduto i suoi diritti ereditarj non resta ei meno erede, e che in virtù di tale vendita non è punto liberato dagl' impegni da esso contratti accettando l'eredità: quindi ei resta obbligato verso i creditori della successione e verso i legatarj, e gli uni e gli altri possono intentare le loro azioni contro di lui; salvo il suo regresso contro l'acquirente, il quale deve liberarnelo; *L.* 2. *Cod. de hered. vend.*

§. III.

Quali siano gli obblighi del venditore.

» La vendita de' diritti di successione giusta le massime stabilite nel precedente paragrafo, comprendendo tutto ciò che ne è provenuto e ne proverrà, vale a dire ogni emolumento che è stato raccolto dal venditore, e tutto ciò che potrà raccorne; ne segue che il suo obbligo consiste nel rilasciare al compratore tutte le cose che esso ha, procedenti dalla successione: non solo quelle che esistevano al tempo della successione scaduta, e che sono appartenute al defunto, ma tutto ciò che è nato e provenuto da queste cose dopo la scaduta successione; vale a dire tutto ciò che ha esatto dai debitori, tutti i frutti, tanto naturali quanto civili, che l'erede venditore ha percepiti dalle cose della successione. Così decide Ulpiano nella legge 2. §. 1. ff. *de hered. vend. Utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea quae fuit quum hereditas venundatur? Et verius est hoc esse servandum quod actum est; plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit, in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse, d. L.* 2, §. 1.

» Il venditore contraendo l'obbligo di consegnare al compratore tutte le cose che ha, provenienti dalla successione, al tempo del

contratto di vendita, ne segue che egli sia obbligato a conservargli tutte queste cose. Esso quindi, senza contravvenire a tale obbligo, non può disporne. Non ostante, come l' erede che ha venduti i suoi diritti di successione rimane sempre proprietario delle cose della successione fino a che le abbia consegnate al compratore, quando egli ne disponga contro la fede del suo impegno, esso ne trasferisce la proprietà a coloro a profitto de' quali le avrà alienate; ei però rimarrà debitore verso il compratore dei diritti di successione come se non ne avesse disposto altrimenti; e non potendo quindi consegnargliele, perciocchè ne ha disposto, sarà condannato al risarcimento de' suoi danni ed interessi; *L.* 6, *quod de hered. vend.*

» Se la cosa che l' erede ha venduta ad un terzo dopo il contratto di vendita dei suoi diritti di successione, è in seguito perita per un caso fortuito, il compratore di questi diritti, può egli pretendere il prezzo che ha ricevuto l' erede da quegli cui esso l' ha venduta? La ragione di dubitarne è appoggiata a ciò che abbiamo detto, che l' erede che ha venduta detta cosa, ne è rimasto debitore come lo era prima di venderla, non avendo potuto, vendendola, cambiare col proprio fatto la sua obbligazione. Essendo quindi il compratore dei diritti creditarj creditore della cosa piuttosto che del prezzo, il suo credito sembra doversi estinguere colla estinzione della cosa, secondo la massima, *obligatio extinguitur rei debitae interitu.* Queste sono le ragioni di dubitare che propone Paolo nella legge 21, ff. *de hered. vend.* Non ostante, egli decide che il compratore dei diritti di successione può in questo caso domandare il prezzo pel quale l' erede ha venduta la cosa perita. La ragione è che egli a dir vero rimane creditore di questa cosa medesima, malgrado la vendita che ne ha fatta l' erede; ma egli è del pari creditore del prezzo pel quale essa è stata venduta, per modo però che non possa esigere l'una e l'altro insieme. Perchè ciò? Perchè l'erede è debitore verso il compratore dei diritti creditarj, di tutto ciò che esso acquista come erede: ora nella qualità di erede appunto egli ha venduta questa cosa dipendente dalla eredità, e ne ha ricevuto il prezzo; egli dunque è debitore di questo prezzo verso il compratore de' suoi diritti.

» Il venditore dei diritti di successione in ciò è differente dal venditore delle cose particolari; conciossiachè se voi mi avete venduta una cosa propria, che poscia contro la fede del contratto di vendita, abbiate venduta e consegnata ad un terzo, e che questa cosa sia quindi perita per caso fortuito, voi siete interamente sciolto dalla vostra obbligazione, ed io non posso dimandarvi il prezzo che ne avete ricevuto dal secondo compratore, perchè la sola cosa era quella che mi era dovuta.

» Si rifletta che dal vostro canto voi non potete domandarmi il prezzo pel quale me l' avete venduta, e che io ho anche il diritto di ripeterlo, se lo avessi pagato: imperocchè non essendomi impegnato a pagarvelo se non in quanto voi sareste dalla parte vostra fedele al vostro impegno; contravvenendovi in forza della vendita che avete fatta ad un altro della cosa che avevate a me venduta, voi mi avete sciolto e liberato dal mio.

» Ci rimane ad osservare che rispetto alle cose che si trovassero tra gli effetti dell' eredità al tempo della vendita che ha fatta l' erede dei suoi diritti di successione, ei non è garante che de' suoi fatti per ragione di dette cose; perciocchè vendendo l' eredità, egli non vende queste cose se non come e nel modo che esse appartengono all' eredità. Ciò è deciso nella legge 2. ff. *dict. tit. Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet; cum id agatur ut nec amplius, nec minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo satisdare cogendus est.*

» Noi abbiam veduto a cosa si estenda l' obbligo di un venditore dei diritti di successione riguardo alle cose della eredità che ei aveva al tempo del contratto di vendita. Rispetto a quelle che ei più non aveva all' epoca della vendita, bisogna distinguere quelle di cui ha disposto, o che ha consumate per suo uso, e quelle che sono perite.

» Quanto a quelle di cui ha disposto, se le ha vendute, non v' ha dubbio che ei deb-

la render ragione al compratore del prezzo ricavato dalla loro vendita; poichè ei deve far ragione di tutto il profitto che La ricavato dalla eredità.

» Deve anche far ragione della stima delle cose della successione di cui ha disposto per donazione, e di quelle che ha consumate per uso proprio: *Rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit. L. 3. §. 3. ff. de hered. vend.* La ragione è ch' egli dee far ragione al compratore di tutto ciò che gli è pervenuto dalla eredità: *Hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo conditio fit, id videatur venisse*; *d. L.* 2, §. 1. Ora queste cose dalla eredità gli sono pervenute, quantunque ei ne abbia disposto in seguito, o le abbia consumate.

» Relativamente a quelle che sono perite prima della vendita, l' erede non è tenuto verso il compratore, perchè la perdita degli effetti della successione deve cadere sul compratore; ad esso spetta la perdita egualmente che il profitto. In questo caso non si dee distinguere se è per colpa dell'erede, o senza sua colpa che esse siano perite; perchè l' erede che era proprietario di tali cose, e non le doveva in allora ad alcuno, non era a quel tempo obbligato ad alcuna cura per dette cose, e quindi non poteva allora commettere alcuna colpa a loro riguardo.

» Se l' erede, benchè prima della vendita di questi diritti ereditarj, abbia accettata la eredità di alcuno dei debitori dell' eredità che ei ha venduta, quantunque questo debito fosse estinto all' epoca del contratto di vendita, attesa la confusione seguita accettando la successione di questo debitore, non lascia perciò di esser tenuto a far ragione di detto debito al compratore; perchè si considera averne riscosso il prezzo mediante la successione del debitore che ha accettata: *Adita hereditas pro solutione cedit. L.* 95, §. 2, *de solut.*

» Ciò ha luogo quantunque questo debitore, la cui eredità è stata accettata imprudentemente, fosse morto insolvibile; perchè ogni successione si ritiene solvibile, quando è accettata: *non potest videri hereditas solvendo non esse, quae invenit heredem*; *L.* 36 ff. *de bon. libert.*

» Relativamente ai crediti della successione non ancora pagati, l'erede che ha venduta la eredità non è tenuto ad altro verso il compratore, che a rimettergli i titoli di detti crediti, affinchè il compratore se ne faccia pagare a suo rischio, come cessionario dell' erede denunciando ai debitori la sua cessione.

» L'erede venditore non è responsabile verso il compratore della insolvibilità dei debitori, se non nel caso in cui il debitore fosse divenuto insolvibile dopo che l' erede fosse stato dichiarato in mora di consegnare al compratore i titoli necessarj per farlo pagare, e che questa mora dell' erede avesse impedito al compratore di procurarsi il pagamento mentre il debitore era ancora solvibile.

» Se l'erede fosse debitore verso il defunto la cui eredità esso ha venduta, deve egli far ragione al compratore dei diritti ereditarj, di ciò che ei doveva al defunto? Senza dubbio: così decide la legge 20 §. 1. ff. *de hered. vend.* La ragione è che egli dee far ragione di tutto ciò che gli è pervenuto dalla successione; ora la liberazione del suo debito è un emolumento pervenutogli dalla successione, perchè questa gli ha procurata la sua liberazione. Mornac, *ad d. l.*, è però di contrario parere, ma male a proposito.

» Per la stessa ragione, se il podere dell' erede fosse soggetto ad una servitù verso il podere del defunto, l' erede deve ristabilire questa servitù che è stata confusa ed estinta colla sua accettazione della eredità: perchè egli deve fare ragione al compratore dei suoi diritti ereditarj, di ogni profitto darivatogli dalla eredità; ora la liberazione della servitù della quale era onerato il suo podere, è un profitto che gli è proceduto dalla eredità, e di cui ei non può meglio farne ragione al compratore, che ripristinando la detta servitù.

» Se l' erede ha ricevuta qualche somma da alcuno che si è falsamente persuaso doverla alla successione, o che l' abbia ricevuta prima del contratto di vendita, ovvero dopo, egli non è tenuto a renderne conto al com-

pratore dei diritti ereditarj; conciossiachè quantunque questa somma sia provenuta all' erede in occasione della eredità, nondimeno non gli è questa derivata dalla successione cui non era dovuta; egli la tiene piuttosto dall'errore di quegli che l'ha pagata, che dalla successione. Così decide la legge 2. §. 7. *de hered. vend.* ove si dice; *hoc servari*, *ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit.*

» Osservisi che questa decisione non può aver luogo *in praxi*, se non allorquando, avendo l'erede scoperto l'errore, ha restituita la somma a colui che la pagò indebitamente. Se ei la ritenesse, non sarebbe ammesso a sostenere che essa non era dovuta alla successione; perocchè gli verrebbe risposto: Per quale titolo la ritenete voi dunque?

» Qualche volta accade che vendendo l'erede i suoi diritti ereditarj, si riservi alcuni effetti della successione, *puta*, certi poderi della successione: non vi ha dubbio che il compratore non possa domandare l'effetto o il podere che è stato eccettuato, nè i frutti che l'erede venditore ha percepiti dopo il contratto di vendita; può egli però domandare quelli che l'erede ha percepiti prima del contratto? Labeone, nella legge 25. *ff. de hered. vend.* decide che ei lo può. La ragione è che i frutti, in forza della loro percezione, hanno acquistato un essere distinto e separato dal podere sul quale sono stati raccolti: quindi non trovansi compresi nell'eccezione fatta di detto podere, di cui avevano cessato di formar parte.

§. IV.

Quali siano gli obblighi del compratore.

» Il compratore dei diritti ereditarj è obbligato a pagare il prezzo convenuto della cessione. Oltre a ciò è obbligato ad indennizzare l'erede del quale ha comperati i diritti, di tutto ciò che ha speso e di tutto ciò che potrebbe spendere in seguito per ragione della successione; per es. ciò che ha pagato per le spese funebri, ciò che ha pagato ai creditori della successione, ai legatarj, per i diritti del fisco, per i proventi, per le riparazioni, ec.

» Non solo è obbligato a rimborsarlo di tutto ciò che ha sborsato, ma è obbligato di produrre la quietanza, o liberazione dei creditori della successione, verso i quali l'erede, comme l'abbiamo osservato, rimane sempre obbligato, non ostante la vendita che ha fatta dei suoi diritti ereditarj. Il tempo entro il quale deve produrre detta liberazione, è in arbitrio del giudice, quale lo fissa secondo le circostanze.

» Se l'erede che ha venduti i suoi diritti è divenuto, o prima o dopo il contratto, erede di alcuno dei creditori della successione, o di alcuno dei legatarj, il compratore dei diritti ereditarj deve tenergli conto di questo debito. Così decide Labeone, nella legge 24, *ff. de hered. vend.* La ragione è che accettando la successione di un creditore di quella che vi ho venduta, io ha liberata a mie spese la successione che vi ho venduta. Ciò si spiega con un esempio. Io vi ho venduti i miei diritti ereditarj nella successione di Pietro; e sono stato erede di Giacomo, creditore di Pietro, di una somma di 10,000 lire. Giacomo, all'epoca della sua morte, aveva 100,000 lire di sostanza, compresovi questo credito. Divenendo erede di Giacomo, si opera la confusione e l'estinzione di questo debito di 10,000 lire che io debbo come erede di Pietro alla successione di Giacomo, di cui sono erede. Attesa questa confusione, io non trovo più che 90,000 lire nella eredità di Giacomo, in luogo delle 100,000 che io avrei trovate, se io non fossi stato l'erede di Pietro, o non avessi fatta confusione di questo debito: la confusione e l'estinzione di questo debito mi costa dunque 10,000 lire; e perciò il compratore dei miei diritti ereditarj nella successione di Pietro, cui questa estinzione di debito reca vantaggio, deve rimborsarmi.

» Quando l'erede era creditore del defunto di cui ha venduta l'eredità, il compratore deve similmente fargli ragione del suo credito, che si è confuso ed estinto per l'adizione della eredità; perchè egli deve fargli ragione di tutto ciò che gli è costato per la successione; ora gli è costato l'estinzione di questo credito *L.* 2, §. 18, *ff. de hered. vend*, Mornac, ad h. §., è però di contrario avviso, ma a torto.

» Non sarebbe così se il debito del defunto fosse un debito cui egli non poteva esser tenuto che durante la sua vita, e che non passava al suo erede; per es. se ei si fosse costituito fidejussore per alcuno, colla condizione di non poter esservi tenuto che durante la sua vita; il creditore di tal debito che fosse devenuto l'erede del suo debitore, non potrebbe farsene rimborsare dal compratore dei diritti ereditarj, perchè la morte del suo debitore, e non l'adizione della sua eredità ha estinto questo debito.

» Se qualche podere della successione dovesse una servitù ad un podere dell'erede, il compratore dei diritti ereditarj cui è stato consegnato questo podere della successione deve ristabilirla; *L.* 2. §. 19, *ff. de hered. vend. L.* 9, *ff. comm. praed.*; perchè avendola perduta, l'erede per la confusione che ha operata la sua adizione dell'eredità, deve esserne indenuizzato dal compratore, che deve risarcirlo di tutto ciò che gli è costato per essere erede.

» Se l'erede abbia pagato ciò che erroneamente credeva esser dovuto dalla successione, egli non ha in tal caso alcuna ripetizione contro il compratore dei diritti ereditarj. Ciò è deciso nella legge 2. §. 7. *ff. de hered. vend. Hoc servari*, *ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit*, *neque ab eo consequatur quod non debitum praestiterit.* Quando però egli sia stato condannato mediante sentenza, a pagare nella qualità di erede una somma, il compratore è obbligato di fargliene ragione, benchè sia stato condannato ingiustamente, e che questa somma non fosse dovuta: imperocchè esso deve essere indennizzato di tutto ciò che gli è costato nella qualità di erede, ed il compratore non può opporgli, come nel caso precedente, che ha avuto torto di pagar detta somma, poichè essendo stato condannato non ha potuto dispensarsene. Tale è la decisione della detta legge 2. §. 7, *ff. d. tit. Si condemnatus praestiterit*, *credi sufficit*, *esse eum condemnatum sine dolo malo suo*, *etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est*; *d.* §. 7.

» Questa decisione ha luogo principalmente quando la condanna stata sia proferita prima del contratto di vendita: ma se è stato chiamato in giudizio dopo, egli deve mettere in causa il compratore dei diritti ereditarj.

§. V.

Se, dopo la cessione dei diritti ereditarj fatta ad alcuno da un erede parziale, il suo coerede rinuncia alla successione, la parte di quegli che rinuncia si accresce essa, sia pel profitto sia pe' pesi, al cedente o al cessionario?

» Questa questione è difficile e molto controversa tra i dottori. Bartolo *ad. L. Re conjuncti*; Duereno, *tract. de jure accr.* 16, 6, ed alcuni altri dottori, opinano a favore del cessionario. Le loro ragioni sono, 1.° che quegli il quale vende una cosa, vende tutto ciò che ne fa parte, e ne è una dipendenza naturale ed essenziale. Ora allorchè io accetto una successione che mi è deferita in parte, il diritto ereditario ch'io acquisto colla mia accettazione, contiene, quello di avere per accrescimento la porzione del mio coerede, in caso ch'ei repudii la eredità. Questo diritto di accrescimento fa parte del mio diritto ereditario, e ne è una dipendenza essenziale ed inseparabile; deve dunque considerarsi compreso nella vendita che ne ho fatta.

» Avvi ragione di decidere così, anche perchè la porzione del mio coerede che accresce la mia per la sua rinuncia, si considera essermi acquisita, non solo dal giorno di detta rinuncia, ma da quello della morte del defunto, nel quale, per effetto della rinuncia, si considera esser io solo entrato in possesso dell'intiera eredità. Quindi l'accrescimento che mi vien fatto di tale parte per la rinuncia del mio coerede mi apparteneva fin dal tempo della vendita che ho fatta del mio diritto ereditario: e perciò non si può dubitare che essa non ne facesse parte fin da quell'epoca, e che non sia quindi compresa nella vendita che ne ho fatta.

» 2.° È una massima stabilita al §. 3. *supra*, che quegli il quale ha venduto il suo diritto ereditario sia obbligato a far ragione al compratore di tutto ciò che in generale gli perviene in avvenire in virtù del diritto che ha venduto: *non solum quod jam pervenit*,

sed et quod quandoque pervenerit restituendum est; *L.* 2. §. *ff. de hered. vend.* Ora è in virtù del diritto ereditario che io ho venduto che mi perviene per diritto di accrescimento la parte del mio coerede che rinuncia; il compratore quindi con ragione mi domanda che io gliene faccia dritto.

» Una massima stabilita al §. 4. è pure che quegli che ha venduto il suo diritto ad una eredità, debba esser generalmente indennizzato dal compratore di tutto ciò ch'ei potesse in avvenire essere obbligato a pagare relativamente a detta eredità: *si venditor quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, agere potest cum emptore*; *d. L.* 2. §. 20. Dunque quando io abbia venduto il mio diritto ereditario, sono fondato a domandare che il compratore soggiaccia ai debiti della successione, non solo per la parte che mi era dapprima stata deferita, ma anche per quella che ebbi per la rinuncia del mio coerede, offrendo al compratore di dargli tutto ciò che mi è pervenuto per questa parte.

» 3.° È massima, che per le eredità e legati di proprietà di una cosa, la porzione del coerede, e del collegatario che rinuncia, si accresca a quella di colui che ha accettato, piuttosto che alla sua persona; a differenza dei legati di usufrutto, nei quali l'accrescimento si fa alla persona del legatario: *Portio fundi (legati) velut alluvio portioni, personae fructus accrescit*; *L.* 33, *ff. de usuf.* Quindi, quando io abbia venduto il mio diritto ereditario, l'accrescimento della parte del mio coerede che rinuncia, dee farsi al compratore cui appartiene la porzione alla quale detta parte dee accrescersi. Questo argomento è sembrato a Duareno una dimostrazione contro la quale secondo lui nulla di ragionevole si può opporre. Invano, esso dice, si opponerebbe che quegli il quale ha venduto il suo diritto, rimane sempre erede; che si considera anche conservar sempre la porzione ereditaria che ha venduta, poichè egli ne ha il prezzo che gli è stato pagato dal compratore; che questo prezzo rappresenta la cosa in modo, che si dice nella legge 4, §. *fin. si quis omissa caus. si quis vendiderit hereditatem utique possidere videtur*: conciossiachè avendo il giureconsulto comparato quest' accrescimento all' incremento naturale di alluvione, fa conoscere abbastanza che quest' accrescimento debba farsi non al venditore presso cui si considera essere *fictione quadam et interpretatione juris* la porzione cui deve accrescersi la parte del rinunciante, ma al compratore, presso cui trovasi realmente ed effettivamente detta porzione. Non si contrasterebbe certamente ad un compratore dei diritti ereditarj, l'incremento naturale che per effetto di un'alluvione derivasse ad un podere della eredità: egualmente non si deve disputargli l'accrescimento della parte del rinunciante, poichè il giureconsulto dice che tali accrescimenti hanno lo stesso effetto.

» Per confermare sempre più la sua massima che la porzione del coerede rinunciante non debba essere a favore di colui che conserva soltanto il titolo di erede, ma di quegli a cui effettivamente sono passati i suoi diritti ereditarj, Duareno riferisce l'esempio di un erede ch' è stato-costretto dal pretore ad accettare una successione, a rischio di un fedecommessario al quale esso era gravato di restituire la porzione per la quale egli era stato instituito erede. La legge 43, ff. *ad Trebell.* suppone come un diritto certo, che la parte di un coerede rinunciante si accresca al fedecommessario. Egli cita inoltre quello di un erede i cui diritti ereditarj sono stati confiscati per causa della sua indegnità: non ad esso, benchè conservi il titolo di erede, ma al fisco si accresce la parte del suo coerede il quale ripudia la eredità. *L.* 83, ff. *de acq. hered.*

» L'opinione contraria è stata abbracciata da Cujacio, *obs.* 12. 13, ed adottata da molti altri dottori citati da Fachineo *contr. V.* 101. La ragion principale su cui essa si poggia è che ogni contratto, ogni convenzione, non contiene se non le cose che hanno avute in vista i contraenti e di cui è verosimile che essi abbiano avuta intenzione di trattare; *L.* 9 ff. *de transact. et passim.* Ora allorquando un erede di una parte vende ad alcuno i suoi diritti ereditarj prima che il suo coerede abbia manifestata la sua intenzione, è verosimile che non intendevano trattare se non della porzione che il ven-

ditore appariva avere al tempo della successione. Così pare massime quando il contratto porta che questo erede ha venduto la sua parte nella successione del tale; imperocchè queste parole, *la sua parte*, fanno abbastanza conoscere che non hanno inteso trattare che di una parte, cioè di quella che il venditore aveva per se nella successione, e che non hanno per verun conto inteso trattare del totale della successione, quantunque potesse accadere che per la rinuncia del suo coerede il totale della successione appartenesse poscia al venditore.

» Quantunque nel contratto di vendita non avessero fatto uso della parola *parte*, e che si fosse detto in termini generali, che detto erede ha venduto i suoi diritti relativi alla successione del tale: anche in questo caso è verosimile che le parti non abbiano trattato se non della parte che l'erede appariva avere nella eredità all'epoca della vendita che ha fatta de' suoi diritti ereditarj, e non di quella che si è accresciuta in conseguenza della rinuncia del suo coerede: conciossiachè non avendo le parti potuto antivedere, al tempo del contratto, che il coerede rinuncierebbe alla eredità, non essendosi aspettata questa rinuncia e non avendola preveduta, ne segue che esse non han trattato se non della parte che aveva a quel tempo l'erede che vendeva i suoi diritti ereditarj, e non di quella che gli è scaduta dopo per la rinuncia del suo coerede: *neque enim pacto continetur id de quo cogitatum non est*. d. L. 9, §. *fin.*

» Relativamente ai motivi addotti in appoggio della prima opinione si risponde al primo, dicendo: io accordo che la rinuncia del mio coerede abbia un effetto retroattivo, che si considera ch'io sia stato messo al possesso della parte che mi viene accresciuta per la sua rinuncia al tempo della morte del defunto; che per conseguenza ella faceva parte del mio diritto ereditario al tempo della vendita che ne ho fatta; non ne segue però che io abbia venduta detta parte, perchè ella formava parte del mio diritto ereditario senza che allora io la sapessi, e non ho voluto vendere se non ciò che io sapeva avere, e non ciò che io aveva senza saperlo.

» Al secondo motivo si risponde, che la legge opposta la quale dice: *Quod quandoque pervenerit restituendum est*, s'intende *de eo quod pervenerit ex ea hereditatis parte quae veniit*. Quella similmente la quale dice che il compratore dei diritti ereditarj deve iudennizzare il venditore, *si quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem*, si intende, *propter eam hereditatis partem quae veniit.*

» Al terzo motivo si risponde, che quando alcuno vende il suo diritto, o la sua parte in una eredità, è meno il diritto medesimo, che l'emolumento che ne è derivato e che ne deriverà in avvenire, che esso vende, coll'obbligo per parte del compratore d'indennizzarlo dei pesi: imperocchè questo diritto ereditario essendo annesso alla persona dell'erede, ed essendone talmente inseparabile, che malgrado la vendita che ei ne fa, ei rimane però sempre erede, ed obbligato in tale qualità verso i creditori della successione, ne segue che il diritto in se stesso non può passare al compratore. Da ciò deriva del pari che secondo la massima, *portio repudiantis portioni accrescit*, l'accrescimento della porzione del coerede rinunciante deve farsi all'erede venditore, presso cui, non ostante la vendita, è sempre rimasta la sua parte nella eredità, alla quale la porzione del rinunciante deve accrescersi, e non al compratore, presso cui detta parte non esiste.

» Riguardo all'obbiezione che si deduce dal paragone che trovasi nella legge 33 *de usufr.*, si risponde che le comparazioni, massime in diritto, non sono ordinariamente adeguate. Il giureconsulto ha voluto rimarcare una differenza tra l'aumento che aveva luogo tra i coeredi o collegatarj in una proprietà, e tra i collegatarj in un usufrutto. Questo si fa *personae*. Quantunque un legatario abbia perduta la sua parte nell'usufrutto legato, e non lascia di essere ammesso all'accrescimento delle porzioni che vengono a mancare in seguito, perchè quest'accrescimento si fa *personae*; quandochè tra i coeredi o collegatarj in proprietà l'accrescimento si fa rei. Perciò se dopo che io ho rinunciato ad una eredità, uno dei miei coeredi vi rinuncii, la sua parte non si accrescerà che a coloro dei

miei coeredi che l'hanno accettata; essa non si accrescerà a me che ho rinunciato alla mia, perchè l'accrescimento si fa *rei* come quello prodotto dall' alluvione. Sopra ciò solo cade il paragone: del resto però siffatti accrescimenti sono di una natura differente. L'incremento di un' alluvione è incremento fisico il quale non può farsi se non ad un corpo reale; ma l'accrescimento della parte di un coerede che rinuncia, è un accrescimento civile e morale che si fa ad un essere civile e morale, qual'è la mia parte nella eredità, la quale si considera rimanere presso di me, malgrado che io abbia venduto il mio diritto.

» Rispetto all' obbiezione presa dalla legge 43 ff. *a Trebell.*, Cujacio risponde che se l'erede costretto dal pretore ad accettare la eredità per la parte di cui esso è stato instituito a rischio del fedecommessario, di restituirla al quale egli è stato gravato, è privato della parte che si accresce in forza della rinuncia, ciò è in virtù di un diritto particolare, basato su ciò che avendo disprezzato l'onore che gli aveva fatto il defunto d' istituirlo erede, nulla egli deve ritenere di detta successione, e deve restituire tutto al fidecommissario. Questa decisione però non deve esser applicata in conseguenza; e Cujacio sostiene che se l'erede avesse volontariamente accettato e restituito *ex Trebell. Senatus-Consulto* la parte nella quale egli è stato instituito, e che era obbligato a restituire, tutt'altra cosa avrebbe luogo.

» Cujacio risponde del pari all'obbiezione dedotta dall' erede indegno, che è per una ragion particolare, procedente dalla sua indegnità, che non goda un tale erede del diritto di accrescimento. *Pothier. Trat. della vendita n.* 525 *a* 545.

» §. 20. È vietata la vendita de' frutti in
» erba, e non ancora raccolti, quante volte
» si conviene la consegna a peso, o numero, o
» misura di generi o derrate, e se ne deter-
» mini anticipatamente il prezzo, senza ripor-
» tarsi a quello che corre al tempo del ricolto.

» Se nel caso di siffatta vendita siasi pagata
» qualche somma al venditore a conto del
» prezzo, il compratore avrà dritto a recla-
» marne la restituzione coll' interesse dal dì
» dell'anticipazione fatta, alla ragione corrente.

» Tuttavolta non è vietato di vendere in
» massa la intera ricolta pendente, o una
» quota parte di essa, per un prezzo deter-
» minato. *Art.* 1446 *Leg. civ.*

Su l'ultimo §. di questo articolo è da osservarsi che venduta la intera ricolta pendente per un prezzo determinato, e trovandosi questa ricolta meno di quella venduta il compratore può pretendere il dippiù? Giuliano decide negativamente.

» Verisimile est eum qui fructum olivae pendentis vendidit, et stipulatus est (*idest promisit sive convenit*) decem pondo olei quod natum est: pretium constituisse ex eo quod natum esset, usque ad decem pondo olei. Idcirco solis quinque collectis, non amplius emptor petere potest quam quinque pondo olei quae collecta essent. Et hoc a plerisque responsum est (*sed et pretium plus quam pro quinque non solvetur; et si solverit, per condictionem sine causa repetitur*) *L.* 39 §. 1 *D. de contrah. empt.*

Casus. Vendidi alicui fructum olivae meae pendentis pro decem pondo olei quod natum esset, dicitur quod verisimile est ita constitutum pretium esse, ut si decem colligeret, sive decem nascerentur, decem praestarentur: si tantum quinque, praestarentur quinque quae collecta essent; et hoc a quibusdam responsum est.

» §. 21. La vendita è nulla, se nel mo-
» mento del contratto era interamente perita
» la cosa venduta.

» Se una parte sola ne fosse perita, il com-
» pratore avrà la scelta o di recedere dal
» contratto, o di domandare la parte ri-
» masta, facendone determinare il prezzo,
» mediante stima. *Art.* 1447 *Leg. civ.*

Per la prima parte dell' articolo è uniforme la massima di Paolo.

» Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est. *L.* 15 *D. de contrahenda emptione.*

Ubero espone le ragioni se la cosa sia perita in tutto o in parte prima che si fosse la vendita resa perfetta.

» Ante perfectam consensu emptionem, periculum sine dubio spectare ad venditorem, ut si res vendita in rerum natura ante

venditionem perfectam esse desierit *L.* 15 *in pr. D. de contrah. empt.* velut in hac specie civis Franekeranus ante aliquot annos emerat ab alio frumenti tantum, quod erat in statione Dantiscana. Deinde constiterat, paulo ante venditionem heic loci contractam, frumentum tempestate oborta, et nave submersa periisse apud Dantiscum. Non fuit haesitandum quin periculum esset venditoria, ac ita consultus, pretium ab emptore solutum repeti posse, respondi *L.* 57 *in pr. eod.* Quod si pars frumenti submersa fuisset, ea pars quae defecit, venditori sine dubio periit, quatenus superest emptio videtur consistere, salva ejus quod interest praestatione *d. L.* 57 .§. 1. cujus circa domum pro parte exustam, haec est distinctio; si uterque nesciverit, tum parte majori salva, consistit venditio, deducta pretii parte pro eo quod periit, viri boni arbitratu. Si pars major absumpta sit, non compellitur emptor accipere quod extat. Quid si venditor sciens rem pro parte peremptam ignoranti vendiderit? consistit venditio, quantacumque pars aedificii remaneat. Ergo ne tenebitur emptor ad emptionem perficiendam fraude venditoris inductus? Tenebitur, sed non commodo venditoris: hic enim in id quod interest convenietur, cum si nesciverit, tantum quanti minoris teneatur. Si emptor solus sciverit, totum pretium merito solvet dolus reciprocus mutua compensatione tollitur §. 2. *et seq. d. L.* 57. *Huberi Praelect. Lib.* 18. *tit.* 6. *de pericolo, et com. rei vend. n.* 7.

Per la seconda parte valga l'esempio di Papiniano, che dichiara nulla la vendita del fondo per la perdita degli alberi, quando a contemplazione di questi alberi il fondo fosse stato comprato.

» Arboribus quoque vento dejectis vel igne absumptis, dictum est, emptionem fundi non videri esse contractam (*quia nihil superest de arboribus, quarum contemplatione fuit facta venditio*); si contemplatione illarum arborum « veluti oliveti » fundus comparabatur, sive sciente, sive ignorante venditore. *L.* 58 *D. de contrah. emptione.*

Casus. Si contemplatione arborum, quae in fundo erant fundum emerim, et aliquo casû consumptae sint venditio nulla est. Haec sunt vera, sive sciverim, sive ignoraverim ego tantum, sive uterque. *Vivianus.*

Il §. di questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, esige qualche spiega. Primieramente perchè sia vero che rimanga qualche cosa di ciò ch'è stato venduto è di mestieri che sussista una parte di questa medesima cosa; una porzione di ciò che ne costituiva la sostanza. Per esempio, se la casa venduta fosse incendiata in tempo del contratto non si riguarderebbe il terreno come un resto di questa casa. Fa d'uopo che sussista ancora una parte dell'edificio. Se non vi rimane che il nudo suolo, la cosa venduta è interamente perita, e la vendita è assolutamente nulla *L.* 57 *D. de contrah. empt.*

» In secondo luogo quando la cosa era perita in parte prima della vendita, bisogna supporre che l'acquirente ignorava questo fatto; poichè se egli ne aveva cognizione è certo, che questa è la parte la quale è stato l'oggetto del suo consenso, e questa parte sussistente ha egli inteso di comprare. Costui non sarebbe ammesso nè a ritirarsi dalla vendita, nè a domandare la riduzione del prezzo *d. L.* 57, §. 1 *et* 2 *L.* 58 *D. eod.*

» Nel caso che l'accidente accaduto alla cosa venduta in tempo della vendita fosse ignorato, le leggi romane facevano una distinzione. Se la maggior parte della cosa era perita, esse non costringevano l'acquirente ad eseguire il contratto, e gli permettevano di ripetere il prezzo che avea potuto pagare. Ma se la sola metà della cosa sussisteva, costringevano l'acquirente a riceverla, facendo sul prezzo una diminuzione che dovea essere fissata da un uomo onesto *boni viri arbitratu D. L.* 27.

» La disposizione del codice civile è più equa. Infatti vi è luogo a credere che il compratore non avrebbe acquistato se avesse saputo l'accidente che la cosa aver sofferto.

» Che dovrebbe decidersi su di due cose vendute nello stesso atto una fosse perita nel tempo della vendita?

» Se è probabile che l'acquirente non avrebbe comprata l'una senza dell'altra, come quando queste sono vendute per un solo prezzo, si dee dare al venditore la scelta che gli viene accordata da quello articolo *L.* 44 *D. eod.*

» Questa condizione però non dee prendersi in una maniera assoluta. Sebbene sia stato fissato un prezzo separato a ciascuna cosa, pure può darsi ch' egli non abbia acquistata l'una che a ragione dell' utile che potea tirare dall' altra, come due case contigue. *Osservazioni all' art.* 1601 *del cod. civ.*

Osserva poi Maleville che » la prima parte di questo articolo è conforme alla *L.* 15 *D. de contrah. empt.* La seconda è contraria alla *L.* 57 *cod.* la quale prescriveva che la vendita fosse obbligatoria dall' una parte, e dall' altra per riguardo a quello ch' è conservato. La decisione dell' articolo è più conforme all' equità.

» Ed accadendo che il venditore sappia nell' istante della vendita che la cosa è già perita, egli è tenuto allora a risarcire i danni al compratore, se danni risultarono dalla vendita per tal motivo non eseguita.

» Disputossi a questo proposito sulla vendita di un naviglio in mare che si trovi perito. Sosteneva questi che la vendita era sempre valida; diceva quegli ch' era questo uno dei casi, cui si doveva applicare l'articolo. Ognuno allegava la pratica in favor suo. Si pose fine alla disputa dicendo che l' articolo non alludeva agli affari di commercio, nè si decise altrimenti la questione. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1601 *del cod. civ.*

Finalmente osserva Pothier che » in conformità dei principj che abbiamo stabiliti nel nostro Trat. delle Obbl., *par.* 3 *cap.* 6, quando si è venduto un determinato corpo, l' obbligazione di consegnare la cosa venduta, essendo l' obbligazione di un corpo individuato, essa cessa e si estingue allorchè la cosa venduta viene a perire senza colpa del venditore, e prima che sia stato costituito in mora di consegnarla; avvegnachè non può più esistere verun debito, quando non v'è più la cosa dovuta.

» Quando vi rimane qualche cosa dell' oggetto venduto, il venditore è tenuto soltanto a consegnare ciò che ne rimane.

» Quando poi deriva dal fatto o dalla colpa del venditore che la cosa sia perita, egli non viene liberato dalla sua obbligazione, ma è tenuto verso il compratore al risarcimento de' suoi danni ed interessi risultanti dalla perdita della cosa; è questo l' effetto della sua obbligazione di conservare la cosa, la quale è accessoria a quella di consegnarla.

» Ha luogo lo stesso quando la cosa sia perita pel fatto di alcuno, dei di cui fatti è responsabile il venditore, come sono i domestici, *Trat. delle obbl.* n. 456. Se poi la cosa è perita pel fatto di un estraneo, che il venditore non ha potuto impedire, il venditore è liberato dalla sua obbligazione; è tenuto soltanto a surrogare il compratore nei suoi diritti ed azioni contro quegli che ha cagionata la perdita.

» Gli anzidetti principj han luogo quando la cosa sia perita prima che il venditore sia stato messo in mora di consegnarla: ma se essa è perita dopo, quantunque sia perita senza colpa del venditore, o per una forza irresistibile, in tale caso il venditore non è sempre liberato dalla sua obbligazione. Conciossiachè se la cosa non fosse egualmente perita presso il compratore, se a lui fosse stata consegnata allorchè gli venne intimato di farne la tradizione, il venditore è tenuto a pagarne la stima al compratore. La ragione, come noi l' abbiamo spiegato nel nostro Trat. delle obbl. n. 627, si è che un creditore non deve esser pregiudicato dalla mora del debitore, *mora debitoris non debet esse creditori damnosa*. Perciò se per es. dopo che io sia stato messo in mora di consegnarvi il cavallo che vi ho venduto, nella mia scuderia è caduto il fulmine, e ha ucciso il cavallo, io sarò responsabile di questa perdita: perciocchè non sarebbe essa seguita se io lo avessi consegnato.

» Ma quantunque sia perita la cosa dopo la mora, il venditore non è tenuto al risarcimento della perdita, ed è sciolto dalla sua obbligazione, se la cosa fosse similmente perita presso il compratore; perchè in questo caso non si può dire che il compratore abbia sofferto verun pregiudizio dalla mora; per es. se un cavallo venduto, benchè dopo la mora del venditore, è morto di una colica o di altra malattia che avrebbe avuta egualmente presso il compratore.

» Se però il compratore era un sensale, che acquistava il cavallo per rivenderlo, il venditore anche nel caso proposto sarà re-

sponsabile della perdita del cavallo; a motivo che il compratore avrebbe potuto rivenderlo prima che avesse la detta malattia, e per conseguenza non si può dire che la cosa sarebbe similmente perita presso il compratore.

§. II.

Del caso in cui la cosa venduta sia stata messa fuori di commercio.

» Quando dopo il contratto la cosa venduta ha cessato di essere in commercio non pel fatto o colpa del venditore, come sarebbe se dalla pubblica autorità venga preso per fare una pubblica strada il campo che mi era stato venduto, l'obbligo di consegnare la cosa cessa ed è estinto, ed il venditore è tenuto soltanto a surrogare il compratore nei suoi diritti per ricevere dal re l'indennizzazione, se il re giudica a proposito di accordargliene una, Trat. delle obbl. n. 614.

§. III.

Del caso in cui il venditore abbia perduto dopo il contratto il possesso della cosa venduta.

» Quantunque la cosa vedutami sussista ancora, e non sia fuori di commercio; se dopo il contratto il venditore, per qualche causa nuovamente sopraggiunta, e che ei non ha potuto impedire, ne ha perduto il possesso, per es. se gli venne rapita a forza, cessa la sua obbligazione di consegnarla, e non è obbligato ad altra cosa, se non se a surrogarmi nelle azioni che può avere egli stesso per ricuperarne il possesso, affinchè io le eserciti a mio rischio. Trat. delle obbl. n. 656.

» Allorquando però il venditore ha venduta una cosa che non era in suo possesso al tempo del contratto, o che era soggetta ad evizione in forza di qualche causa esistente all'epoca del contratto, e di cui egli sarebbe stato obbligato a garentire il compratore anche dopo che gliel'avesse consegnata, in questo caso, quantunque il venditore non sia in possesso della cosa, e che ei non la possa consegnare, purchè la cosa esista, l'obbligazione che ha contratta di consegnarla sussiste, ed è tenuto al risarcimento dei danni ed interessi risultanti dal suo inadempimento. *Nec obstat* che non si può essere obbligato all'impossibile, poichè questa massima non è vera che rispetto all'assoluta impossibilità, e non ad una impossibilità relativa, siccome noi l'abbiamo spiegato nel nostro Trat. delle obbl. num. 133, 136. *Pothier Trat. della vendita n.* 56 *a* 60.

Delle obbligazioni del venditore.

Disposizioni generali.

» §. 22. Il venditore è tenuto a spiegar
» chiaramente quello a cui si obbliga.

» Ogni patto oscuro o ambiguo s'interpe-
» tra contra il venditore. *Art.* 1448. *Leg. civ.* Così Paolo.

» Labeo scribit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori; quia potuit re integra apertius dicere. *L.* 21. *D. de contrah. empt.*

Casus, In contrahenda venditione ambiguum, sive obscurum verbum, contra venditorem interpretandum est. *Vivianus.*

Cujacio dettagliatamente comenta questa legge.

» Traditur hic regula generalis *obscuritatem* verborum scilicet. Et eadem in *L. veteribus D. de pact. et in L. in contrahenda D. de reg. jur.* Ratio hujus reg. est in *L. ea quae commendandi in fi. inf. h. t.* Nam qui obscure loquitur, fallendi causa, id facere videtur, et ab eo dolus non abest. Poenam igitur hanc doli sustinet, quod interpretatio obscurorum verborum adversus eum fit. Exemplum autem h. L. est. in *L. cum in lege inf. h. t.* quam hic quoque explicabimus. Obscuritatem pactionis quae in ea lege declarat *L. si servitus sup. de servit. urb. praed.* quae conjungenda est cum *L. cum in lege.*

» Regula autem haec ita accipienda est, ut quoties ex eo quod actum est, aut ex alia re constare non potest, quod actum sit, interpretatio sit facienda adversus venditorem. Praeterea hoc locum habet, quoties

venditor pactionem obscuram concipit; cum enim potuerit apertius eam concipere, hac poena afficitur, ut obscuritatem adversus eum interpretemur *d. L. veteribus*, *et h. L.*

» 1. Objicitur huic regulae *L. in lege inf.* ubi interpretatio fit pro locatore adversus conductorem. Respondendum est hanc legem nihil obstare, etsi Accursius se valde torquet quia locator est in locatione quod emptor in emptione. Cum igitur illic dicitur, interpretatiunem fieri pro locatore, hoc dicitur, interpretationem fieri pro emptore, et adversus venditorem.

» 2. Objicitur *L. insulam qui potiores in pig.* ubi interpretatio fit pro venditore non adversus eum. Resp. interpretationem pactionis obscurae potuisse hic colligi ex natura contractus, nempe pignoris, quia in pignore, qui prior est tempore potior est jure. Itaque nihil necesse fuit interpretari adversus venditorem.

» 3. Objicitur *L. si in emptione h. t.* Resp. pactionem quoque hoc loco non esse obscuram: idest, non ita esse obscuram, quia ex eo quod actum est interpretatio fieri possit: nam haec natura contractuum est omnium, ut quoties plures res ejusdem generis debentur, electio sit debitoris *L. plerunque inf. de jur. dot.* §. *huic autem Inst. de actionib.* Plures autem Stichi hic debebantur a venditore, et solvi poterant. Merito ergo ejus electioni hoc relictum est, ut solveret, quem mallet. Accursius notat, in judiciis aliud esse, sed tamen nihil est *L. inter stipulantem* §. 1. *de verb. oblig. Cujacii Comment. in Tit. de contrah. empt. D. ad L.* 21.

Nell'abolita nostra corte di cassazione si decise che quando nel contratto di vendita siasi apposto un patto indeterminato per la consegna della cosa venduta, può la determinazione darsi dal giudice secondo la natura della cosa stessa. Decisione de' 23 settembre 1809.

» *Fatto*. La ragione mercantile Marco, e fratelli Rossi a' 19 dicembre 1805 comprò dal signor Salvatore Talamo 200 salme di olio, consegnabili in Gioja da aprile 1806 in poi. Fu apposto a tale contratto il patto, che non richiedendosi l'olio per tutto ottobre, il pericolo del solo tremuoto fosse a carico della ragione compratrice; da novembre in poi, la custodia rimanesse a carico del venditore sino alla consegna, ed il fitto de' magazzini a peso della compratrice.

» A 20 gennajo 1809 il signor Talamo chiese nel Tribunale di commercio di obbligarsi la ragione Rossi a riceversi gli olii.

» Questa oppose l'osservanza del patto, ed offerì nel caso opposto la risoluzione del contratto. Il Tribunale di commercio con sentenza de' 3 febbrajo prescrisse, che la compratrice Ragione fra tre mesi dovesse riceversi gli olii, altrimenti si sarebbero date le giuste provvidenze.

» La ragione Rossi ne appellò alla Corte di appello residente in Napoli. Questa nel dì 17 aprile rigettando l'appello, decise di eseguirsi la sentenza del Tribunale di commercio tra sei mesi, dopo del quale termine si fosse avuto l'olio come consegnato al compratore.

» Contra siffatta decisione fu dalla ragione Rossi prodotto ricorso per cassazione, adducendo.

» Che si era offesa la legge, subitochè si era contravvenuto ad un patto espresso stabilito tra contraenti, garantito dalla legge 1. *ff. de periculo et comodo rei venditae*, sostenuto dall'editto del pretore, e protetto dagli articoli 1134 e 1135 del codice civile.

» Che erasi del pari violata la legge del doppio grado di giurisdizione, per essersi dalla Corte di appello spiegata quella provvidenza, che il Tribunale di commercio si aveva riserbata.

» Udito il rapporto del giudice relatore Magliano: Uditi la ragione Rossi rappresentata dal patrocinatore signor Gaetano Sessa, ed il signor Salvatore Talamo rappresentato dal patrocinatore signor Stefano Colicchi: ed inteso il Procurator generale del Re nelle sue verbali conclusioni, colle quali ha chiesto di non ammettersi il ricorso, e di liberarsi in beneficio del regio erario il deposito di duc. 40.

» Veduta la legge 1. §. 4. *D. de peric. et com. rei vend.* e la legge 2. *D. eodem.*

»» Si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria.. »»

»» Hoc ita verum est, si is est venditor, cui sine nova vindemia non sint ista vasa necessaria: si vero mercator est, qui emere vina et vendere solet, is dies spectandus est, quo ex comodo venditoris tolli possunt. »»

» Veduto l'articolo 473 (537)del codice di procedura civile:

»» Se allorchè essendosi interposto appello da una sentenza interlocutoria, la sentenza venga rivocata, e la causa sia in istato di essere decisa definitivamente, le corti ed altri tribunali di appello possono giudicare simultaneamente sul merito con una sola, e medesima sentenza.

»» La stessa disposizione ha luogo, ove le corti o altri tribunali di appello rivocassero le sentenze definitive, o per difetto di forme, o per qualunque altro motivo. »»

» La gran corte considerando che un patto indeterminato può ricevere determinazione dalla natura della cosa, e da quello che si è trattato, secondo la legge 1. §. 4. e la legge 2. *D. de peric. et com. rei venditae.*

» Considerando che il patto della consegna indeterminata degli olii, deve intendersi per tutto quel tempo, che per una regolare negoziazione abbisogna, nè mai può intendersi eccedente il tempo, in cui il genere può comodamente conservarsi senza deterioramento.

» Considerando che essendo trascorsi tre anni dal dì che si convenne fra la ragione Rossi ed il signor Salvatore Talamo la consegna degli olii, era dell'arbitrio, e della prudenza del giudice di prefinire un tempo, il quale arbitrio appoggiato sul fatto, non è oggetto di cassazione.

» Considerando in fine, che avendo la corte di appello riformata la sentenza del tribunale di commercio, contenente un precetto di dovere la ragione Rossi prendersi fra tre mesi la consegna degli olii, poteva decidere ancora a danno di chi dovessero gli olii rimanere, giusta l'articolo 473 del codice di procedura civile, essendo il giudizio istrutto per tale decisione.

» Dichiara non ammissibile il ricorso prodotto dalla ragione Marco e fratelli Rossi, e liberarsi il deposito di duc. 40 a beneficio del regio erario.

» Fatto, giudicato, e datasene pubblica lettura in presenza del Procurator generale del Re, e de'patrocinatori di ambe le parti, il suddetto dì 23 settembre 1809. Sezione de'ricorsi.

La suprema corte di giustizia a 13 settembre 1825 decise, che un progetto, con cui si è convenuto di perfezionarsi la vendita di un fondo con altro istrumento, non costituisce il contratto perfezionato; a quale oggetto ogni qualunque interpetrazione del magistrato non può supplire a quella parte essenziale che rende l'atto perfetto.

» *Fatto.* Nel giorno 21 dicembre 1821 fu stipulato pubblico istrumento tra il cavaliere D. Domenico Caparelli, e D. Giuseppe Magatti, ne' seguenti termini.

» Lo stesso signor cavaliere Caparelli ha dichiarato, ch'egli possiede un vasto comprensorio di case con giardino alligato, sito strada riviera di Chiaja n. 276, quello stesso, che attualmente si tiene in fitto dall'anzidetto signor Magatti per uso di locanda nobile per l'annua pigione di ducati 2650; giusta l'istrumento dei 26 agosto 1805, e che sul detto comprensorio di case vi gravitano diversi debiti ipotecarj. Per sistemare adunque gl'interessi di sua famiglia si è determinato, di alienarlo; ed avendo avuto trattato con esso signor Magatti, dopo varie sessioni, ed abboccamenti avuti, tanto con i periti reciprocamente eletti, quanto con gli avvocati delle rispettive parti, hanno gli stessi conchiusa, ed ultimata la compra-vendita anzidetta per lo prezzo di ducati 39500. Non potendosi al momento fare la stipula dell'istrumento, e con effetto realizzarla, per mancanza tanto della perizia, che non si è ancora distesa, quanto di altre scritture all'uopo necessarie, il signor cavaliere Caparelli ha fatto delle istanze al signor Magatti di anticipargli la somma di ducati 1000 per soddisfare, cioè, ducati 815, e grani 43 a diversi creditori, che saranno appresso descritti, e ducati 184 e grana 54 da servirsene per proprio uso.

» Dichiara benanche esso signor cavaliere Caparelli, che sull'annua pigione della casa suddetta, che se gli corrisponde ora dal suddetto signor Magatti terziatamente con un

terzo sempre anticipato nei suddetti annui ducati 2650; ed in conto del terzo anticipato del 4 maggio, che avrebbe dovuto incassare ai 4 gennajo dell'entrante anno 1822, se non vi fosse seguito il trattato della compravendita anzidetta, il surriferito signor cavaliere Caparelli, dichiara che il signor Magatti ha per di lui conto pagati ducati 382 e grana 28 composti dalle seguenti partite, cioè, (*siegue la nota dei debiti estinti*). Tra i concorrenti che vi sono stati per l'acquisto di detto comprensorio di case, con giardino alligato esso signor Caparelli ha creduto giusto di preferire il signor Magatti, per dimostrargli sempre più la di lui amicizia, con che però ai ducati 1000, che va ora a sborsare esso signor Magatti per titolo di anticipazione, si uniscono ancora non solo i sopraddetti ducati 382, e grana 28, che esso di già ha pagati ai sopraddetti creditori, ma benanche altri ducati 660 e grana 51, che lo stesso signor Magatti dovea soddisfare ad altri creditori per ritenere ai 4 gennajo, e 4 maggio 1822 dalli ducati 883 e gr. 33 importo del terzo anticipato dei 4 maggio del prigione del suddetto palazzo, giusta gli assegnamenti fatti dal signor cavaliere, cioè (*segue la nota dei debiti estinti*) quali ducati 660, e grani 51 uniti a'sopraddetti ducati 1000 anticipati, ed ai ducati 382 e gr. 28 già pagati ai suddetti creditori, compongono la somma totale di ducati 2042, e gr. 79, li quali debbono essere in conto del prezzo stabilito per la vendita della casa suddetta; della quale intera somma pagata, e da pagarsi a 4 gennajo 1822, da non ricevere interesse, sino a tanto che non si stipulerà l'istrumento della compra suddetta, intendendo però esso signor Magatti, che il di lui credito sia iscritto nell'uffizio delle ipoteche di Napoli, e che debba esso subentrare nelle ragioni di tutt' i creditori di esso signor cavaliere Caparelli, che vanno ad esser pagati co'suddetti ducati 815 e grana 43 parte dei ducati 1000, che ora gli si danno a titolo di anticipazione. E nel caso che per qualunque sinistro accidente non dipendente da colpa, o fatto di esse parti, non potesse effettuars' il contratto suddetto, il che sembra impossibile, allora i ducati 1000 che ora paga il signor Magatti al Caparelli, ed ai di loro creditori, che appresso saranno descritti, s' intendano dal signor Magatti dati a mutuo al predetto signor cavaliere Caparelli per anni 4 coll'interesse alla ragione del 7 per 100, netto da qualunque peso, da decorrere dal giorno della risoluzione del contratto, e gli altri ducati 1042, e grana 79 debbono intendersi come pagati dal sig. Magatti, cioè ducati 885, e grana 23 per lo terzo di pigione dei 4 maggio, che dovrà pagare anticipati ai 4 del detto mese di gennajo 1822, e li restanti ducati 259, e grana 46 in conto del terzo di detto pigione de' 4 settembre, di cui ne ricaderà il pagamento anticipato ai 4 maggio 1822.

» Le giuste idee, e pretensioni del signor Magatti essendosi trovato regolari, ed oneste dal detto signor cavaliere Caparelli, lo stesso vi è condisceso; e perciò le parti son convenute alla stipulazione del presente pubblico atto nel modo, che segue.

» Esso signor cavaliere dichiara, e confessa di aver ricevuto, ed avuto dal costituto signor D. Giuseppe Magatti la somma di ducati 1000 con due fedi di credito in testa sua per banco delle due Sicilie, ramo particolare, in data del presente giorno, mese, ed anno, cioè una di ducati 815 e grana 46 vincolata, e condizionata per pagarsi dal signor cavaliere ai seguenti di lui creditori, cioè (*segue la nota dei debiti estinti*) e l'altra fede di credito di ducati 184 e grana 57 libera, ed esplicita. Si è convenuto, che il detto signor Magatti per detti ducati 815 e grana 43 debba entrare nelle ragioni, azioni, e privilegj, ed ipoteche dei sopra descritti creditori del prefato signor cavaliere Caparelli, perchè vengono ad esser pagati con particolar danaro di detto Magatti, giusta gli articoli 1202 e 1203 del cod. civile sotto il titolo del pagamento in surrogazione, promettendo, ed obbligandosi esso signor cavaliere di far menzione in ciascuna poliza di pagamento, che farà colli suddetti suoi creditori che questi vengono ad esser pagati con proprio danaro di esso Magatti.

» Secondo: si dichiara ancora dal detto signor cavaliere D. Domenico Caparelli di

esser debitore di esso signor Magatti in altri ducati 1042 e grana 79 che sono quelli stessi, dal medesimo come sopra pagati, e da pagare, e che ritenerseli avrebbe dovuto da sopra i terzi anticipati dai 4 maggio e 4 settembre, che avrebbe dovuto pagare anticipati a detto Caparelli a 4 gennajo, e a 4 maggio del prossimo entrante anno 1822 se non si fosse conchiuso il detto contratto di compra-vendita della summenzionata casa, e giardino.

» Terzo: resta spiegato, che li suddetti ducati 1000 ora sborsati dal signor Magatti, e li ducati 1042 e grana 79 dei quali si è fatto parola nel precedente articolo, il signor Magatti dovrà ritenerli da sopra li ducati 39500 prezzo stabilito dalla medesima compravendita della casa, e giardino suddetto. Fino a tanto che l'istrumento non si stipulerà, il signor Magatti non dovrà nè pretendere dal signor cavaliere Caparelli interesse veruno, ma se infortunatamente non si effettuasse il contratto per mancanza di documenti, o di altri motivi non dipendenti da colpa, o fatto doloso di essi contraenti, allora li ducati 1000 che il signor cavaliere presentemente ha ricevuti restano al medesimo dati a mutuo, il quale ne promette la restituzione fra anni 4; da decorrere dal giorno della risoluzione del contratto. Promette ancora, come si obbliga di corrispondere allora il frutto convenzionale, ossia l'interesse dei suddetti ducati 1000 in annui ducati 70 alla pigione di detto palazzo, e giardino, che in ciascun terzo dovrà pagare anticipatamente al detto signor cavaliere Caparelli; con principiare la prima soluzione del terzo de' 4 settembre, che pagar deve anticipato a' 4 maggio 1822, franchi da qualunque peso, e decimo fondiario.

» Quarto: per gli altri ducati 1042, e grana 79 resta stabilito, che nel detto caso del contratto di compra-vendita, il signor Magatti dovrà quelli ritenersi, con le altre somme, che sarà obbligato di pagare da sopra i terzi de' 4 maggio, e 4 settembre, che dovrà pagare anticipatamente per pigioni nei giorni 4 gennajo e 4 maggio 1822 qualora non si effettuasse l'intavolato contratto di compra-vendita.

» Quinto: si dichiara, che il caso preveduto dall'inadempimento del contratto di compra-vendita già conchiuso non deve dar ragione, o pretesto ad alcuna delle parti di recedere dal contratto stesso, giacchè un tal caso immaginato si è solo per una maggior cautela, e qualora si verificasse alcuno di quegli accidenti, per li quali senza cooperazione, e malizia delle parti stesse in seguito sciolto restasse l'anzidetto contratto, già conchiuso, conforme si è detto.

» Siccome però fra i patti convenuti dalle parti, e che debbono essere inclusi nell'istrumento di compra-vendita, che per la brevezza del tempo non si è potuto stipulare, vi è quello, che il signor Magatti pe' pagamenti dei capitali a mutuo, e di quelli *a quandocumque*, debba godere delle stesse dilazioni, e ragioni d'interessi accordati al signor Caparelli dai suoi creditori, e qualora da taluno di quelli s'impugnassero tali dilazioni, e ragione d'interessi, ed ottenessero la rescissione del contratto, o gli aumenti degl'interessi, in tali casi possa esso signor Magatti, e sia nel suo libero arbitrio di chiedere, e conseguire, che torni nel pristino stato, e come se la compra-vendita del suddetto palazzo, e giardino non fosse mai stata fatta, ed il signor Magatti debba continuare nell'affitto del palazzo istesso, e giardino, ai termini del succennato istrumento dei 28 agosto 1805.

Sesto: Per cautela dei suddetti ducati 1000 se mai restano a mutuo presso il cavalier Carelli, lo stesso ha soggettato a convenzionale ipeteca a favore del detto signor Magatti il sopraddetto comprensorio di case, e giardino ch'esso possiede nella strada riviera di Chiaja n.° 276 giusta la fede e con facoltà d'iscriversi nell'uffizio della conservazione delle ipoteche di Napoli, senza però che questo pregiudichi le anteriori ipoteche che acquista per la surrogazione di esso signor Magatti ai creditori, i quali saranno soddisfatti col suo danaro.

» Nel giorno 18 aprile dell'anno 1822 D. Vincenzo, D. Francesco, e D. Pasquale Caparelli figli ed eredi di D. Domenico già defunto, citarono D. Giuseppe Magatti, affinchè fra lo spazio di tre giorni avesse dichiarato di essere sciolto il progetto di com-

pra-vendita contenuto nell' istrumento anzidetto, e ch'essi istanti avessero potuto fare uso della casa a loro piacere, qual termine elasso lo citarono a comparire nel tribunale civile di Napoli per sentir dichiarare sciolto, e come non avvenuto il contratto medesimo per ciò, che riguardava il progetto della compra-vendita.

» Il signor Magatti rispose ch'egli non aveva giammai receduto dal contratto di compra-vendita stabilito nell'istrumento summentovato, la di cui esecuzione era ritardata per la morte del cavalier D. Domenico Caparelli, e perchè gli eredi non prima del 18 aprile del detto anno 1822 avevano assunto la qualità ereditaria: soggiunse, che ritenuta negl' istanti Caparelli la qualità di eredi del padre, ed essendo pronte tutte le scritture, e documenti, che dovevano essere inseriti nell' atto; doveva l'atto stesso della compra-vendita perfettamente adempirsi nei modi voluti dalla legge, e stabiliti dalla convenzione.

» In seguito D. Giuseppe Magatti diede scienza del contratto de' 21 dicembre 1821 a tutt'i creditori iscritti, ed intesi i medesimi fu portata la causa all' udienza del tribunale civile, ch'elevò le seguenti quistioni: 1.° Se il contratto passato tra Magatti, e Caparelli conteneva una promessa, o una indicazione di un semplice verbale di compra-vendita: 2.° Contenendo tale promessa, se la medesima era o nò perfetta nei termini in cui trovasi conceputa: 3.° Nel caso affermativo, se questa promessa era risoluta per fatto del compratore. Dietro l' esame di tali quistioni il tribunale anzidetto con sentenza de' 24 dicembre 1821 decise che esisteva la semplice enunciazione di un progetto verbale di contratto di compra-vendita non obbligatorio fra le parti; e quindi che i signori Caparelli si fossero avvaluti dei loro dritti di proprietà, come per legge.

» Questa sentenza fu confermata in grado di appello dalla gran corte civile di Napoli, con decisione del giorno 3 marzo 1823.

» Avverso la detta decisione i signori D. Giuseppe, e D. Raffaele Magatti figli, ed eredi di D. Giuseppe, non che D. Maria Crispo vedova dello stesso, madre, e tutrice degli altri di lui figli, ed eredi D. Gaetano, D. Carolina Anna, e D. Federica, produssero ricorso per annullamento fondato su i seguenti mezzi.

1.° Che la compra-vendita contenuta nell'istrumento de' 21 dicembre 1821 non porta la condizione di doversi stipulare il secondo istrumento dopo la perizia, ma senza questo secondo istrumento stava da se perfettamente conchiusa, ed ultimata. Male applicata adunque la *L. 17 de fide istru.*

2.° Che la perizia richiesta nel detto istrumento de' 21 dicembre 1821, e le carte necessarie in esso enunciate non erano dirette alla conclusione del contratto, ma unicamente a dargli una cautela maggiore per rivestirlo di tutte le notizie necessarie, e corrispondenti. La gran corte si penetrò della circostanza di non essersi espresso nell'istrumento a peso di chi dovesse restare la esibizione delle scritture; ma si comprendeva bene, che dovea intendersi a carico del venditore, giusta l' articolo 1448 leggi civili, che resta violato colle leggi del diritto romano, che gli corrispondono.

3.° Che non è ignoto in diritto di potersi stabilire ne' contratti di compra-vendita un prezzo rimessivo al giudizio di una terza, e determinata persona, articolo 1437 leggi civili, ed avendo la gran corte adottati sistemi contrarj ha violato il detto articolo.

4.° Che la gran corte civile non riputò perfetto il contratto ancora perchè non erasi fissato il tempo nell' istrumento, in cui avrebbesi dovuto pagare il residuo del prezzo dal compratore, detratto l' incerto ammontare delle quantità dovute ai creditori ignoti al venditore. Ma i debiti non erano ignoti, apparrendo essi dallo stato d' iscrizione, e che il residuo del prezzo si doveva subito al venditore, giusta la *L. 14. ff. de reg. jur.*

5.° Finalmente, ch' è massima risaputa in legge che deve sempre interpetrarsi il contratto in modo, che regga piuttosto, che sia distrutto *L. 80. D. de verb. obl. L. 12. D. de reb. dub.*, ma a ciò si è posta in opposizione la gran corte civile, mentr' essendo nel dubbio tra la validità, e la non validità del contratto di compra-vendita non si è appigliata alla validità di esso, ed è discesa a dichiararlo nullo.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Giacinto Martucci pei ricorrenti, e D. Gennaro Gamboa pei convenuti; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso all'annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Vista la *L.* 17 *de fide istrum.*

» Attesocchè nell'analisi dell' istrumento stipulato a 21 dicembre 1821 tra il cavaliere D. Domenico Caparelli, e D. Giuseppe Magatti, così il tribunale, che la gran corte vide un trattato di vendere la casa di esso signor Caparelli a Chiaja n.° 276, non un contratto perfezionato, od una promessa di vendere. Ed osserva, che cotesta idea tratta dall'insieme di varj articoli dell' istrumento fu avvalorata sul riflesso del contegno delle parti, e specialmente del signor Magatti, che nè parlò, ed agì, come di un progetto, e di un contratto a farsi, non di acquisto ultimato. Un giudizio, che riviene da fatti regolarmente raccolti, e giustamente analizzati non dà motivo alla censura della corte suprema. Nè vale nella specie il richiamo alla regola che il magistrato interpetrando, dee far che l'atto *magis valeat.* Dappoicchè ove le parti si sono limitate al progetto, ed hanno rimessa la perfezione del contratto ad un' altro strumento da stipularsi a vista de' documenti da prodursi, si urterebbe alla volontà loro, anzi, che secondarla; quante volte si rendesse obbligato un' atto, da cui la legge non vuole che si tragga ragione prima del compimento di quello a cui era subordinato. Perciò la gran corte confermando la sentenza dei primi giudici che ordina, che i Caparelli si servissero de' dritti di proprietà, si è conformata a' dettami delle leggi.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna i ricorrenti alle spese liquidate in ducati dieci, oltre il costo della spedizione.

» §. 23. Egli ha due obbligazioni princi-
» pali, quella di consegnare, e quella di
» garantire la cosa che vende. *Art.* 1449.
» *Leg. civ.*

È uniforme il responso di Ulpiano.

» Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, idest, tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum si non fuit: tantum evictionis nomine venditorem obligat; si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. *L.* 11. §. 1. *D. de actione emp. et vend.*

Questa obbligazione è essa indivisibile? Delvincourt sostiene l'affermativa, almeno *solutione*; vale a dire che l'uno degli eredi del venditore non è liberato offrendo la sua parte della cosa venduta, se gli altri coeredi non offrano nel tempo stesso la loro; e viceversa, uno degli eredi del compratore non può reclamare la sua parte della cosa, offrendo di pagare la sua parte nel prezzo, se tutti i coeredi non offrano egualmente di pagare la loro. *Delvincourt. Corso del cod. civ. Tomo* 8. *nota* 40. *al tit.* 2.

Questo sentimento è tratto dal responso di Labeone.

» Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. Si unus omnem pecuniam solverit partem familiae erciscundae judicio servabit. Nec si partem solvat ex empto cum venditore aget; quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit. *L.* 78. §. 3. *D. de contrah. empt.*

Della tradizione della cosa.

» §. 24. La tradizione è la traslazione del-
» la cosa venduta in potere, e possesso del
» compratore. *Art.* 1450. *Leg. civ.*

La definizione è di Donello.

» Tradere est rem cedere alteri, facere ut possidere aut tenere possit is apud quem ejus rei possessio non fuit. Vel explicatius hoc modo: est facere alteri potestatem capiendi, tenendique ejus, cujus ille deinde possessionem pro ea potestate, si velit, nanciscatur. *Donelli Comment. de jure civ. lib.* 4. *cap.* 17. *n,* 10.

Vinnio descrive inoltre partitamente le diverse specie della tradizione.

» In traditione satis constat rem geri inter tradentem, et accipientem; proinde utriusque persona hic spectanda. In tradente tria exi-

gimus; ut possit tradere; si possit, ut velit; si potest, et vult, ut tradat. Tradere autem potest solus dominus, aut qui vice domini fungitur; et dominus quidem si per hanc potestatem habet, si non obstet conditio personae ejus, puta si minor sit, aut pupillus; aut alienatio rei interdicta, ut fundi dotalis; aut causa ex qua res traditur jure prohibita, ut donatio inter virum et uxorem. Vice domini funguntur quidam voluntate ejus; quidam jure. Voluntate domini procurator; cui hoc specialiter mandatum est, aut cui libera bonorum administratio concessa; item creditor in pignore. Jure tutor, curator. Ut quis velit transferre, tria concurrere debent: ut sciat vere rem suam esse; quippe cum nemo errans in re sua dominium ejus transferat, ut justa traditionis causa praecedat, ex qua dominium transire solet, ut emptio, venditio, permutatio, et similes contractus; tertium proprium in venditore, ut pretium solutum sit, aut aliter ei satisfactum, vel ut emptori fidem habeat. Postremo requiritur traditio, ut cum potest, vult, tum et rem tradat, neque enim aliter dominia rerum jure gentium transferuntur. Est autem tradere, rei prehendendae, et tenendae potestatem facere.

» In accipiente duo haec sunto: primum ut in traditione consentiat: deinde ut et rem traditam accipiat. Consensus duabus rebus constat. Una est, ne in corpore rei traditae ullus error interveniat; altera ne in fine traditionis, ut dominium nanciscatur, dissentiat, quod ex causa praecedente aestimandum. Postremo apprehensio rei traditae duplex, vera, et propria, aut minus perfecta. Propria cum naturaliter res corporalis mobilis manibus prehenditur, in immobilem ingredimur. Naturalis haec apprehensio non est necessaria in tribus causis: Prima est si tradens se alterius nomine possidere constituat: secunda si res custodiae, et potestati nostrae subjiciantur; quod fit quatuor modis, oculis, et adspectu, clavibus traditis, custode apposito, re domi nostrae deposita; tertia si instrumenta venditionis tradantur. *Vinnii Partit. juris Lib. 1. cap. 20.*

D' altronde Pothier distingue la tradizione in reale, o finta.

» La tradizione reale, ei dice, si fa quando il compratore è messo nel reale possesso della cosa venduta.

» Possedere, è tenere una cosa per se, o col mezzo di un' altro che la tenga in nostro nome; *est corporaliter rei insistere vel per se, vel per alium.*

» La tradizione finta è quella colla quale si finge di mettere il compratore in possesso della cosa venduta, quantunque essa resti presso il venditore.

» Questa finzione risulta dalla clausola del costituto, in forza della quale il venditore si costituisce ritenere la cosa a nome del compratore. Con tal clausola il venditore è considerato prender possesso della cosa venduta col ministero del venditore, il quale da quel momento si considera possederla non più in suo nome, ma ritenerla a nome del compratore.

» Nel nostro statuto di Orleans, la semplice clausola di presa di possesso, che s'inserisce negli atti che si fanno avanti notajo, ha il medesimo effetto che la precedente, ed equivale alla tradizione, secondo l'art. 278.

» Se dal venditore si fosse ritenuto l'usufrutto della cosa venduta, questa ritenzione di usufrutto equivalerebbe egualmente alla tradizione; conciossiachè siccome non si può essere usufruttuario della sua cosa propria, il venditore costituendosi usufruttuario, dichiara bastantemente che non possiede più la cosa come sua propria, che non la possiede più in suo nome, ma in nome del compratore, dal quale tiene a titolo di usufrutto. L. 28. *Cod. de donat.*

» Ha luogo lo stesso, quando col contratto di vendita il compratore dà in affitto al venditore il podere venduto. Detto affitto tiene luogo della tradizione; attesochè il venditore non conservando più il podere come cosa ad esso spettante, ma come affittuale dell'acquirente, ei cessa di possederla, e l'acquirente comincia a possederla mediante il suo ministero, *nam possidemus per colonos aut inquilinos nostros*; *L.* 25., §. 1., *ff. de acquir. posses.*

» Quando la cosa venduta è presso il compratore, il quale la teneva dal venditore a titolo di locazione, di commodato, di depo-

sito, o altrimenti, il solo consenso del venditore e del compratore, che questi d'ora innanzi la possegga in suo nome e come proprietario, tien luogo della tradizione. È piaciuto ai dottori di chiamare questa tradizione, *traditio brevis manus*, perciocchè, dicono essi, *nihil brevius hac traditione*.

» Rispetto alle cose di gran peso, la permissione che dà il venditore all' acquirente, o ad alcuno venuto da sua parte, di portarla via, tien luogo di tradizione, quando questa permissione si dia *in re praesenti*: il compratore, o quegli che è mandato da lui, con questo permesso che gli è dato, si considera prendere possesso della cosa *oculis et effectu*, prima di levarla; L. 25, §. 21, ff. *de acqu. poss.*

» Tutte le specie di tradizioni finte di cui si è parlato fin ora, si fanno *nulla voluntate*, col solo consenso delle parti. Ve ne sono di quelle che si effettuano col mezzo ed intervento di qualche simbolo, e che perciò si chiamano tradizioni simboliche. Per es. la tradizione delle chiavi di una casa o altro edificio, fatta dal venditore al compratore, tien luogo della tradizione di detta casa, essendo la consegna delle chiavi il simbolo della tradizione reale. L. 9. §. 6.; ff. *de acquir. rer. dom.*

» Ha luogo lo stesso delle chiavi di un granajo o magazzino ove trovansi le cose vendute: la consegna delle chiavi tien luogo della tradizione di dette mercanzie. Papiniano nella legge 47. ff. *de contr. empt.* vuole, affinchè la consegna delle chiavi equivalga alla tradizione della cosa, che essa sia fatta *in re praesenti*, *apud horrea*. Io son di avviso che secondo le nostre consuetudini ciò non sia necessario. È questo il parere di Tiraquello, *de jure contest. poss. p.* 2.

» La consegna dei titoli passa egualmente per una tradizione simbolica della cosa, L. 1, *Cod. de donat.*

» Il sigillo che appone il compratore alle botti non tengono luogo di tradizione; e si considera apposto *magis ne summutentur*; L. 1. ff. *de peric. rei vend.*

» *Secus in rebus magni ponderis*, l. 14. §. 1. *d. tit.*

» Le cose incorporali *quae in jure consistunt*, *quae tangi non possunt*, che non cadono sotto i sensi, non potendo esser propriamente possedute, ne deriva che non può esservi, relativamente a queste cose, una tradizione reale propriamente detta. Siccome però rispetto a dette cose il godimento tiene luogo di possesso, è relativamente a dette cose una specie di tradizione, quando il venditore soffre che il compratore ne goda; *Usus et patientia in rebus incorporalibus pro traditione est.*

» Per es. se io ho venduto al proprietario del podere vicino al mio il diritto di far pascolare i suoi bestiami sul mio fondo, la tradizione di questo diritto di servitù sarà considerata esser fatta quando col mio consenso il vicino avrà cominciato ad usare del diritto di servitù che io gli ho venduto, facendo pascolare i suoi bestiami sul mio fondo.

» Nella vendita dei crediti e delle azioni, la intimazione di cessione che il compratore fa al debitore tien luogo della tradizione del credito venduto, come noi lo vedremo nella parte seguente.

» Quando il venditore non è egli medesimo in possesso della cosa che vende, è chiaro ch' ei non può fare alcuna tradizione reale nè finta di questa cosa, conciossiachè essendo la tradizione *datio possessionis*, il venditore il quale non ha egli stesso il possesso della cosa che vende, non può darla al compratore; *nemo dat quod non habet*. In questo caso ei non può che surrogare il compratore nel diritto che ha di rivendicare la cosa. La dimanda che promove il compratore, in conseguenza di questa surrogazione, non gli conferisce che il diritto di rivendicare, ma non lo mette al possesso della cosa da rivendicarsi che gli è stata venduta: il solo rilascio che gli sarà fatto su questa domanda lo mette al possesso di questa cosa, e gliene fa acquistare la proprietà, facendo passare in lui il possesso.

Dell' effetto della tradizione.

» Allorchè il venditore è proprietario della cosa venduta, ed è capace di alienarla; o quando non sia tale, allorchè ha il consenso del proprietario, l'effetto della tradizione è di

far passare nella persona del compratore la proprietà della cosa venduta, purchè il compratore ne abbia pagato il prezzo, ovvero che il venditore gliel'abbia data a credito.

» Il contratto di vendita non può produrre per se stesso questo effetto. I contratti non possono formare che degl'impegni personali fra i contraenti; non vi è che la tradizione fatta in conseguenza del contratto la quale può trasferire la proprietà della cosa che ha fatto l'oggetto del contratto, secondo questa regola, *Traditionibus, non nudis conventionibus dominia transferuntur*, *l.* 20. *Cod. de part.*

» Da ciò segue, che quando il proprietario di una cosa, dopo averla venduta ad un primo compratore senza consegnargliela, avesse la mala fede di venderla e consegnarla ad un secondo, sarebbe a questo secondo acquirente cui verrebbe trasferita la proprietà. *L. Quoties*, 15. *cod. de rei vindic.* Il primo non avrebbe che un'azione personale contro il venditore pe'suoi danni ed interessi risultanti dall'inadempimento del contratto, e non potrebbe ripeterla con il secondo compratore che l'avesse comperata di buona fede, *inscius prioris venditionis.*

» Da ciò segue del pari che i creditori del venditore possono sequestrare la cosa che ha venduta il loro debitore, prima che l'abbia consegnata, quando anche il compratore ne avesse pagato il prezzo: in tal caso non compete al compratore che un'azione contro al suo venditore, e non ha alcun privilegio su detta cosa.

» Quando però abbia avuto luogo la tradizione, essendo passata nel compratore la proprietà, i creditori del venditore non possono più sequestrare la detta cosa, la quale non appartiene più al loro debitore. In siffatto caso i creditori ipotecarj hanno soltanto l'azione ipotecaria contro al compratore o altro possessore, se è un immobile. Relativamente ai mobili, questi non danno luogo ad alcuna ipoteca, eccetto il solo caso in cui il conduttore avesse venduti dei mobili addetti all'uso della casa, o alla coltivazione della possessione che questi tiene in affitto; nel qual caso lo statuto permette al proprietario della casa o della possessione di procedere al sequestro di tali effetti che sono il suo pegno; per siffatta azione non ha però se non il breve tempo di otto giorni, se si riferisce ad una casa, o di giorni quaranta, quando sia una possessione ove erano quelli attrezzi.

» I creditori, anche chirografarj, possono in un caso sequestrare i mobili del loro debitore che sono stati consegnati al compratore; cioè quando il loro venditore essendo insolvibile, li ha venduti frodolentemente, e che il compratore ha partecipato della frode, per avere avuta contezza della insolvibilità del suo venditore; *tit. ff. de quae in fraud. cred.*

» Dagli autori vien discussa la questione, se la tradizione finta che è stata fatta al compratore debba a questo proposito avere il medesimo effetto della tradizione reale che gli fosse stata fatta, e se si considera avergli essa trasferita la proprietà, anche rispetto ai terzi. Supponiamo per es. che la cosa in fatti sia rimasta presso il venditore, e che il compratore non sia stato posto nel reale possesso, ma che il contratto di vendita contenesse una clausola in cui fosse detto che il venditore si è spogliato della cosa venduta, e ne ha messo in possesso l'acquirente, dichiarando ch'ei da quel momento in avanti la teneva a nome, ed in luogo del compratore; ovvero che vi fosse una clausola nella quale si dicesse che il venditore conserverebbe la cosa nella qualità di affittuale del compratore, per una certa somma da pagarsi in ciascun anno. Si domanda se in tal caso il compratore avrà diritto di rivendicare la cosa, sia contro i creditori che l'avessero pignorata tra le mani del venditore, sia contro un secondo compratore, cui il venditore l'avesse dippoi consegnata e che si trovasse nel reale possesso. Charondas decide la questione in favore del secondo compratore, ed in appoggio della sua opinione cita due decreti, l'uno del 1498, l'altro del 1569. Belordean, *lib.* 1, *cap.* 18, cita ei pure, per la stessa opinione, due decreti del suo parlamento di Brettagna. La ragione su cui si appoggiano è, che le dette finte tradizioni non consistendo in alcun fatto esteriore, ma in una semplice convenzione intervenuta

tra il venditore ed il primo compratore, non possono avere la virtù e l'efficacia di essere considerate, almeno in faccia dei terzi, aver trasferita la proprietà della cosa venduta al primo compratore, secondo la regola, *traditionibus, non nudis conventionibus dominia transferuntur rerum*; *L.* 20, *Cod. de pact.*: non dovendo aver le convenzioni effetto che tra le persone che ne sono parti, le tradizioni finte che non risultano da alcun fatto esteriore, ma dalla convenzione de' contraenti, rispetto ai terzi non possono considerarsi averne trasferita la proprietà.

» Guido Papa, *decis.* 112, sostiene al contrario che la tradizione finta trasferisca ella pure realmente e veramente il dominio e la proprietà di una cosa, come la reale tradizione, anche riguardo ai terzi. Colla tradizione finta che risulta dalla clausola della ritenzione della cosa a titolo di affitto, o di usufrutto, o anche colla semplice clausola di costituto, l'acquirente prende realmente possesso della cosa che gli è venduta; e con questa presa di possesso, ne acquista effettivamente la proprietà; attesochè noi possiamo acquistare il possesso e la proprietà di una cosa non solo col mezzo di noi medesimi, ma mediante il ministero di un' altra persona che ne prende possesso in nostro nome, *Animo nostro, corpore etiam alieno possidemus*; *L.* 3, §. 12, *ff. de acquir. possess.*: *generaliter quisquis nostro nomine sit in possessione, nos possidere videmur*; *L.* 9, *ff. d. tit.* Ora in forza delle suddette clausole il venditore prende possesso a nome del compratore della cosa che gli vende. Il compratore ne acquista dunque il possesso col ministero del venditore nel modo stesso che lo acquisterebbe col ministero di qualunque altro che ne prendesse possesso per lui. Siffatta tradizione ha quindi il medesimo effetto della tradizione reale, e dee egualmente trasferire la proprietà. Invano si oppone la legge che dice, *Non nudis conventionibus dominia rerum transferuntur*, e che le convenzioni non hanno effetto che tra i contraenti; conciossiachè ciò è vero rispetto alle pure convenzioni: quelle però che sono accompagnate da tradizioni finte, non sono semplici e nude convenzioni; ed è espressamente deciso nella legge 77, *de rei vindic.* che una simile finta tradizione risultante dal tenere una cosa a titolo di affitto per parte del donatore, aveva messo il donatario in possesso, e gli aveva trasferita la proprietà della cosa, ed in conseguenza il diritto di rivendicarla. Da tutti gli anzidetti principj Guido Papa conclude che un primo acquirente cui venne fatta una finta tradizione della cosa vendutagli, può rivendicarla contro un secondo compratore che ne avesse il reale possesso, ed attesta che tale è la giurisprudenza costante del suo parlamento del Delfinato. Io credo questa seconda opinione più vera, con questa limitazione, purchè la prova della tradizione sia stabilita da un atto autentico; o quando l'atto sia per privata scrittura, purchè l'anteriorità della data alla tradizione reale fatta al secondo compratore, o al sequestro fatto dai creditori del venditore, sia abbastanza comprovata, *puta*, dalla morte di alcuna delle parti che l'hanno sottoscritta. *Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 2.*n.*313*a*321.

» §. 25. Il venditore adempie l'obbligazione di consegnare gl' immobili, quando
» ha dato le chiavi, se trattisi di un edifi-
» zio, o quando ha consegnato i titoli della
» proprietà venduta. *Art.* 1451. *Leg. civ.*

È uniforme alla dottrina di Papiniano la consegna delle chiavi che dichiara la tradizione della casa venduta.

» Clavibus traditis, ita mercium in horreis reconditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sunt; quo facto confestim emptor dominium, et possessionem adipiscitur, et si non aperuerit horrea, quod si venditoris merces non fuerint, confestim inchoabitur usucapio. *L.* 74. *D. de contrah. empt.*

Casus. Si aliquis vendit mihi res constitutas in horreis, et tradat mihi claves, videtur mihi tradidisse possessionem mercium, si tradat mihi claves juxta horrea, et intelligas me esse nactum merces et dominium, si venditor fuit dominus; si autem non fuit dominus, paratur mihi causa usucapionis. *Bartolus.*

Cujacio spiega l'indole della consegna delle chiavi, e l'effetto che produce.

» Solo consensu perficitur emptio, sed solo consensu non trasfertur dominium rei emptae *L. cum qui venit. de furt. L. traditio Cod. de pact.* Necessaria enim praeter consensum rei traditio. Cujus ratio quaedam hic traditur et effectus. Ratio rei tradendae est per clavium traditionem apud horrea: idem dicitur in *L. qua ratione §. item si quis inf. de adq. rer. dom. §. item si quis. Inst. de rer. divis.* Quibus omnibus locis addenda est interpretatio ex his legibus videlicet ita videri dominium translatum per clavium traditionem, si claves apud horrea traditae fuerint. Ita enim videtur esse apprehensa possessio corpore, quae oculis tantum, et aspectu apprehensa est *L. quod meo, de adq. poss.* Clavium autem traditio fuit vetus symbolum transferendi dominii. Olim enim cum uxor in domum admittebatur, et domina particepsque rerum constituebatur claves illi tradebantur. Contra vero cum divortium fiebat, et dominium rerum illi auferebatur, claves adimebantur *Cic. 2. Philip. Mimam illam res suas sibi habere jussit ex 12. tab. claves ademit, exegit.* Quanquam enim non nulli eodem loco legant *addidit*: malo tamen *claves ademit*, quia in nonnullis veteribus libris ita reperitur, et Nonius Marc. ita legit in verbo *eximere*. Effectus hujus traditionis est dominium transferre, si dominus fuit qui tradidit: nam plus juris transferre non potuit quam habuit *L. traditio de adquir. rer. dom.* Si dominus non fuit qui tradidit, emptor tamen habet jus usucapiendi. Idque obtinuit propter bonam fidem emptoris, qui ignoravit rem alienam sibi esse traditam. *Cujacii Comment. in Tit. 1. de contrah. empt. L. 18. D. ad. L. Clavibus. 74.*

Riguardo alla consegna dei titoli della proprietà venduta il canone corrisponde al rescritto degl' imperatori Severo ed Antonino.

» Emptionem mancipapiorum instrumentis (*scilicet praesentibus servis datis*) donatis (*sic et in venditis, et legatis*) et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem, et traditionem factam intelligis, et ideo potes adversus donatorem in rem actionem (*si postea coeperit possidere*) exercere. *L. 1. Cod. de donationibus.*

Casus. Emi mancipium, dedi tibi instrumentum emptionis, an mancipium videar tibi donasse quaeritur? et dicitur quod sic. »

» §. 26. La tradizione delle cose mobili
» si compie o colla tradizione reale, o col
» consegnar le chiavi degli edifizj ove si con-
» servano, o anche col solo consenso delle
» parti, se la traslazione non può eseguirsi
» nel tempo della vendita, o pure se il com-
» pratore le aveva già in suo potere per altro
» titolo. *Art. 1452. Leg. civ.*

Il precetto è dettato da Giustiniano.

» Item si quis (*hic est casus ubi sine possessione tradita acquiritur dominium*) merces in horreo depositas (*idest repositas*) vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem (*et possessionem. Et quod dixi de proprietate, verum est, si dominus est tradens; alias causam praestat usucapiendi, si haec fiant coram horreo, et hoc propter praesentem visionem rei*) mercium ad emptorem. *Institut. §. 44. lib. 2. tit. 1. de rerum divisione.*

Vinnio nel comento di questo §. riunisce li diversi modi pei quali dimostra il genere di una finta tradizione.

» Hoc §. agitur de eo genere fictae traditionis, quae nota aliqua aut symbolo veram repraesentat; cujus una species proponitur, si mercibus certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur. Sunt autem hujus generis, et aliae species, veluti traditio instrumenti, quo tradito res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita, et traslata intelligitur. *L. 1. C. de donat.* Trabium, et tignorum obsignatio pro eorum traditione valet *L. quod si 14. §. 1. de per. et com. rei vend.* Idem custodis appositio, si res non facile loco moveri possint propter magnitudinem ponderis *L. antepen. de acq. poss.* Potest et sine nota actus aliquis traditionem repraesentare; nam si in re praesenti, et aperta dominus eam se mihi tradere dicat, ego sim hoc animo, ut velim possidere hic placuit me possessionem nancisci oculis et affectu, perindeque hoc haberi, ac si pedem finibus intulissem, corpore ac manu rem apprehendissem. *L. 1. §. pen. L. quod meo 18. §. 2. de acq. pos.*

» *Simul atque claves horrei tradiderit*) Clavibus horrei aut cellae traditis, etsi mer-

ces inclusae, frumentum, vinum, oculis et sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio, et dominium nobis acquiritur, haud secus ac si res ipsae conditae nobis traditae essent. Caeterum hoc ita, si claves traditae sint apud ipsum locum in quo res conditae sunt: nam et symbolica traditio talis esse debet, ut per eam res potestati nostrae statim subjiciatur; quod non fit si alibi claves tradantur. *Vinni Instit. Commen. lib. 2. tit. 1. de rer. divis. ad* §. 44.

» §. 27. La tradizione de' dritti incorpo-
» rali si esegue o col consegnare i titoli, o
» coll'uso che ne fa il compratore di con-
» senso del venditore. *Art.* 1453. *Leg. civ.*

Cajo insegna che la cose incorporali per se stesse non possono consegnarsi nè acquistarsi.

» Incorporales (*ut actiones et jura, scilicet servitutes*) res traditionem (*sed quasi, ut per patientiam*) et usucapionem non recipere manifestum est. *L.* 43. §. 1. *D. de acquir. rerum dom.*

La tradizione della servitù si ottiene benanche col tacito consenso delle parti. Così Ulpiano.

» Si de usufructu tradito (*scilicet, ab aliquo in fundo qui suus non erat*) agatur, publiciana datur. Itemque de servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam (*quae in servitute constituenda pro traditione habetur*): forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci. Item rusticorum; nam et hic traditionem, et patientiam tuendam constat. *L.* 13. §. 1. *D. de publiciana in rem actione.*

» Traditio plane et patientia servitutum inducit officium praetoris. *L.* 1. §. *ult. D. de servitutib. rust. praed.*

La moglie che per estinguere il debito del marito risultante dalla compra di uno stabile, consegna al venditore le partite d'iscrizioni a lei appartenenti, questa consegna rende perfetto il contratto e trasferisce l'acquisto dello stabile a di lei beneficio. Decisione della suprema corte di giustizia de' 5 marzo 1822.

» *Fatto.* Con istrumento del dì 9 settembre 1813 il marchese D. Giuseppe Migliorini comprò da D. Gio: Battista Cavignac un casino posto nella real villa di Capodimonte per lo prezzo di ducati 15mila de' quali ducati 3000 furono pagati prontamente ed i rimanenti ducati 12mila furono promessi in due quote eguali; la prima da dover scadere nel dì 7 settembre 1814 e l'altra nello stesso dì del 1815 coll'interesse intanto al 6 per 100. Il venditore Cavignac, oltre all'istrumento, riscosse altresì tre cambiali contenenti la validità de' ducati 12mila le quali furono poi girate alla Ragion Falconet, e Compagni.

» Il signor Migliorini non avendo estinto alla scadenza le tre cambiali, fu convenuto in giudizio dalla Ragion Falconet che n'era la posseditrice. Quindi la marchesa D. Maria Giuseppa Pastena di accordo al consulente giudiziario di suo marito D. Gaspare Capone, venne ad una convenzione, così col venditore signor Cavignac, come colla Ragion Falconet, colla quale fu pattuito che la marchesa assumeva le obbligazioni del pagamento del debito in ducati 14972 tra sorte ed interessi, promettendo di cedere in conto del debito da lei assunto due partite d'iscrizioni sul gran libro da lei possedute fra i suoi beni parafernali, e di pagare il prezzo residuale tra quattro anni in quattro rate eguali. Questa convenzione fu approvata con sentenza del tribunale civile, e fu quindi autorizzata la marchesa Pastena colla stipulazione del contratto. Intanto senza che la stipulazione dell'istrumento fosse seguita, la stessa marchesa Pastena autorizzata dal di lei marito trasferì alla Ragione Falconet con atto in brevetto le suddette due partite d'iscrizioni, colla facoltà di poterne riscuotere la rendita maturata, e non esatta.

» In seguito la Ragion Falconet insistè, acciò dà conjugi Migliorini, e Pastena si fosse proceduto alla stipulazione del contratto manifestando a'conjugi medesimi, che delle suddette due partite n'era seguita la vendita a favor della Compagnia olandese alla ragione di ducati 566/12 per ogni 5 ducati di rendita, ch'era per l'appunto il prezzo corrente in piazza nel giorno in cui tal vendita erasi fatta.

» Il consulente signor Capone sul motivo, che la signora Pastena avea agito senza sua intelligenza, dedusse che il trasferimento delle partite divisate era irregolare e nullo, e di-

chiarò di esser pronto alla stipulazione dell'istrumento semprecchè si fosse eseguito il trasferimento medesimo alla ragione, che valer poteano le iscrizioni nel giorno in cui era per seguire la stipulazione richiesta: aggiunse posteriormente che il notaro signor Interreri non poteva distendere, ed autenticare l'atto della procura con cui si è fatto il cennato trasferimento, per essere stato inibito il medesimo dalla camera notariale, come lo fu ogni altro notaro della provincia di Napoli a stipulare contratti relativi alla persona del signor Migliorini.

» Dopo di essersi pronunziato sull'oggetto dal tribunale civile, fu finalmente portato l'esame della causa alla cognizione della gran corte civile. Quivi con decisione del 1 dicembre 1819 fu ordinato di stipularsi l'istrumento della convenzione passata fra le parti, ed omologata con sentenza del tribunale. In rapporto poi al valore capitale della rendita iscritta su di che erasi disputato fu prescritto doversi calcolare alla ragione che sarebbe corso in piazza nel dì 15 dicembre anzidetto.

» La Ragione Falconet ne ricorse alla corte suprema di giustizia allegando tra le altre cose, che i conjugi Migliorini e Pastena avendo consegnato alla ragione creditrice le iscrizioni, ad oggetto di venderle, e liquidarne il valore, ne seguiva che il prezzo delle medesime dovea esser quello del dì della tradizione, ed avendo la gran corte assegnato ad esser il prezzo del dì 15 settembre 1819 aveva violato gli articoli 1436 e 1453 delle leggi civili.

» Udito il rapporto: intesi gli avvocati D. Lorenzo Freppa per Falconet, e D. Gaspare Capone per Migliorini; ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso all'annullamento della decisione impugnata per la sola parte relativa alla norma tenuta dalla gran corte civile nella valutazione delle iscrizioni.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist. Vista la decisione: Visto il ricorso:

» Considerando, che l'unico oggetto della controversia sia l'interesse che prendono i signori conjugi Migliorini, e Pastena nel prezzo da ipotecarsi alle due partite d'iscrizioni sul gran libro cedute da detta Pastena alla Ragion Falconet in isconto del debito da lei assunto procedente dalla compra fatta dal di lei marito marchese Migliorini del casino di Cavignac. In fatti qualunque sia stata l'indole, e la diversità de'rapporti che ha avuto luogo nei precedenti contratti non vi è per alcuna delle parti pentimento, che si alleghi, riformi, e ritrattazioni, che si cerchi: costante egualmente nella sostanza delle cose convenute.

Considerando, che a sostenere il primo acquisto fatto dal suddetto signor Migliorini del casino anzidetto, sito nelle vicinanze di Capodimonte, creduto necessario, o certamente utile all'attuale costituzione della di lui salute, e da riparare le scadenze de'pagamenti, avessero preso interesse non meno la moglie signora marchesa Pastena, che il di lui consulente D. Gaspare Capone, all'uopo fu conchiusa nuova convenzione con la Ragion Falconet girataria del residuale capital prezzo di ducati 12 mila ed interessi decorsi, mediante la quale il marchese di unita all'avvocato Capone cedette l'acquisto alla signora marchesa Pastena, e questa s'indossò l'intero residuale debito in duc. 14972 e grani 14 tra sorte ed interessi decorsi: avendone promessa la estinzione col trasferimento di due sue partite estradotali d'iscrizioni sul gran libro, ed il mancante pagarlo in quattro tanne eguali. Di questa convenzione ne furono redatte le minute, ed in seguito fu la marchesa con sentenza del tribunale civile di Napoli de' 14 marzo 1818 autorizzata alla stipulazione del contratto.

» Considerando, che la suddetta signora marchesa in conseguenza di tali premesse nel dì 18 aprile dello stesso anno avesse trasferito alla Ragione sua creditrice, le anzidette due partite d'iscrizioni con atto in forma di brevetto, e con la potestà di poterne ancora riscuotere le quantità maturate, e non esatte; quali partite furono corrispondentemente intestate, e quindi cedute alla Compagnia olandese alla ragione di ducati 56 mila per ogni ducati 5 di rendita.

» Considerando, che il trasferimento delle anzidette due partite d'iscrizioni era un'atto tutto dipendente dal fatto, e dalla volontà della trasferente. Trattavasi di beni estra-

dotali su quali nè il marito nè il di costui consulente signor Capone vi prendevano interesse a parte. Altronde ella trasferiva sotto l'ombra di una sentenza, che a comune richiesta a tanto l'avea autorizzata. Ella dunque non contrasse di nuovo, ma eseguì il contratto a cui dal magistrato era stata abilitata. La mancanza di scienza che si allega nel Capone, che consulente non era di lei ma del marito niente può inferire ad invalidare un'atto che per se stesso era valido. Siccome per la stessa ragione niente inferisce ad infermarlo la mancanza di cui si accagiona il notaro Inferreri redattore dell'atto di procura con cui il trasferimento fu eseguito, per essere stato come ogni altro notaro della provincia inibito a stipulare contratti relativi alla persona del signor marchese Migliorini.

» Considerando, che sebbene sia vero, che ove i contraenti espressamente riservano la formazione di una scrittura, il contratto non può dirsi perfetto se non quando la scrittura siasi formata: tuttavolta questa regola non prende parte nel caso attuale. La signora marchesa Pastena, che nel rincontro, come si è detto era autorizzata pienamente a contrarre col fatto, diè esecuzione a quel contratto, che prima era solamente in progetto, e questa esecuzione gli è la diede non senza una valevole scrittura. Sicchè conchiuder si debba, che il contratto per parte di lei ed in riguardo a lei fu per ogni modo perfetto.

» Considerando, che ammessa la validità del trasferimento delle mentovate due partite d'iscrizioni sul gran libro nella Ragion Falconet, non possono non eseguirne le naturali derivazioni del dominio, giusta le regole, che dalla legge sono state consagrate a custodirle. Tali sono che il prezzo della cosa prende misura dal momento, che il dominio si trasferisce; che ogni pericolo passa nel nuovo acquirente; che ogni aumento o deteriorazione di valore si computi ad utile, e danno dell'attuale padrone. Questi notissimi principj escludono assolutamente la economia tenuta dalla gran corte che prescrisse il prezzo delle partite in quistione, che sarebbe corso in piazza a 15 dicembre 1819.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema accoglie il solo mezzo desunto dalla valutazione delle Iscrizioni, annulla la impugnata decisione rimettendo le cose nello stato in cui erano prima, che la medesima si pronunziasse, ne rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile, ed ordina di restituirsi il deposito alla ricorrente.

§. 28. » Le spese della tradizione sono a » carico del venditore, e quelle del traspor» to sono a carico del compratore, se non » vi sia stata stipulazione in contrario. *Art.* » 1454. *Leg. civ.*

Paolo siegue il principio che la consegna della cosa venduta dee farsi nel luogo, ove si è perfezionato il contratto; quindi riporta a carico di colui che chiede questa consegna le spese, che saranno necessarie, a meno delle cibarie, ed oltre il caso del possessore di mala fede.

» Si res mobilis (*de re immobili ideo non loquitur quia illa non potest restitui, nisi ubi est : arg. C. quando et qui quar. pars L. 2. lib. 10*) petita sit (*subaudi et obtineatur*) ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? Et non malum est (si bonae fidei possessor sit is, cum quo agitur) aut ibi restitui, ubi res est; aut ubi agitur; sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria (*aliter si operis suis solebat se pascere servus, quibus modo vacare oportet, tunc enim cibariorum expensas praestabit actor; ut inf. ad exhib. L. sed et si §. quo autem loco. Sed cui dabitur haec electio? responde petitori secundum H. Azo. ipsi reo*) in iter vel navigationem faciendi sunt. *L.* 10. *D. de rei vindicatione.*

Casus. Petebam a te rem meam; quaero ubi res sit restituenda, an non ubi petitur, an ubi res est? Distinguitur: fuit bonae fidei possessor, an malae? Primo habet electionem conventus ubi velit restituere; an ubi res est, an ubi res petitur; debet tamen petitor praestare omnes sumptus, praeterquam cibaria; et cavebit reus quod restituet. Si fuerit malae fidei possessor idem erit dicendum quod in bonae fidei possessore, si alibi possessor rei petitae nactus fuerit. Quod si malae fidei possessor rem alibi transtulit, suis sumptibus eam reducere debet. »

Brunnemanno espone le opinioni diverse degl' interpetri su questa legge.

» Quaelibet res mobilis restituenda est, vel ubi res sita est, vel ubi petitur, sumptu tamen et periculo actoris, nisi a malae fidei possessore alio sit translata. Ex quo poterit refutari Donelli opinio, quod res tantum vindicari possit in loco rei sitae. Fransh. *ad tit. de judic. n.* 71. Sed quid si civis norim bergensis equo vectus Lipsiam venist, an equus Lipsiae potest vindicari? Et cum Azone plerique tradunt affirmandum, hunc et Lipsiae in loco domicilii Norimbergae convenirl posse ut ex Sichardo ad *L. ult. Cod. ubi in rem. n.* 3. *et aliis allegat. Hill. d. c.* 17. *tit. M. Brunnemanni Com. in Pand. lib.* 6. *tit.* 1. *de rei vind. ad L.* 10.

Messe a carico del venditore le spese della tradizione, per conseguenza, soggiunge Delvincourt, nella vendita di dieci jugeri di terra da staccarsi da un campo di maggiore estensione, le spese dell' agrimensura vanno a carico del venditore. È lo stesso per le spese della misura delle derrate ec. Ma quelle di congio nel caso di liquidi sono a carico del compratore. Ciò si riguarda come spese di trasporto. Del resto il codice distingue con ragione la consegna dal trasporto. La consegna può effettuarsi senza che la cosa muti luogo, consistendo semplicemente nel permesso dato al compratore di prendersi la cosa *rei apprehendendae facta copia*. Dunque tutte le spese che possono essere necessarie perchè la cosa sia messa nello stato di essere portata via dal compratore, sono a carico del venditore. Ma, ciò adempito, tutte le spese cui può dar luogo il trasporto sono a carico del compratore. *Delvincourt. Corso del cod. civ. tom.* 8. *nota* 45. *al tit.* 2.

La suprema corte di giustizia con decisione de' 14 aprile 1825 dichiarò che il compratore ha il dritto ai danni, ed interessi, quando il venditore legalmente intimato omette nel tempo convenuto di consegnare la cosa venduta.

» *Fatto* - Con foglio in doppio originale de' 18 novembre 1823 D. Michele Scarfoglio vendè a D. Giacomo Tommasuolo annui ducati 200 sul gran libro, col godimento dal 1 gennajo 1824 a ragione di ducati 80 per ogni ducati 5 di rendita. Il trasferimento fu convenuto per la fine di aprile del suddetto anno 1824, ed il compratore si obbligò di adempire al pagamento in argento effettivo, fuori banco contro il bullettino di trasferimento a suo favore, o di chi avrebbe indicato.

» Nel dì 1 maggio dell'anno stesso il signor Tommasuolo citò il signor Scarfoglio per la consegna della rendita venduta, prevenendolo di aver depositato il prezzo presso il regio agente D. Cesare Politi incaricato « riceversi il trasferimento della rendita venduta. Indi a 15 del mese suddetto domandò nel tribunale di commercio di condannarsi il signor Scarfoglio al pagamento di ducati 965 differenza di prezzo per l'aumento delle iscrizioni.

» Il tribunale con sentenza contumaciale dei 4 del seguente mese di giugno, confermata in grado di opposizione con altra de' 26 del succesivo mese di luglio, condannò anche coll' arresto personale D. Michele Scarfoglio a pagare a D. Giacomo Tommasuolo l'importo della differenza del prezzo della rendita iscritta nel gran libro venduta allo stesso signor Tommasuolo de' ducati 80 ragione convenuta, sino a quella corrente nel dì 30 aprile da regolarsi per via di specifica. Contro questa sentenza il signor Scarfoglio appellò. Ne appellò incidentemente il signor Tommasuolo; dacchè si era rimandato a specifica un debito assicurato dal bollettino indice del dato, che si voleva.

» La gran corte civile in Napoli con decisione de' 17 novembre del medesimo anno 1824 rigettò l'appello del signor Scarfoglio, e facendo dritto all' appello incidente del signor Tommasuolo, dichiarò, che la somma dovuta per danni ed interessi a quest'ultimo fosse di ducati 955 giusta la specifica poggiata al certificato del corso della borsa. Quindi ordinò che la sentenza appellata si eseguisse con tale aggiudicazione.

» Avverso questa decisione il signor Scarfoglio si provvide di ricorso per annullamento. Egli allegò 1.° Che avendo la gran corte condannato il ricorrente, senza che il compratore avesse eseguito quella parte del contratto, che lo riguardava, ha offeso non solo

le antiche leggi, e la giurisprudenza ricevuta; ma ha violato ancora espressamente l'art. 1458 delle leggi civili: 2.° Che supposta una ricusa nel ricorrente per l'adempimento, il Signor Tommasuolo doveva eseguire con offerta reale per aver dritto contro di lui. E che quindi non essendosi a ciò adempito, si è violato l'articolo 1210 delle dette leggi: 3.° Che a' termini del suddetto articolo il signor Tommasuolo avendo non solo l'obbligo d'interpellare, ma di far beoanche deposito del suo debito per aver dritto di agire contro il venditore, la gran corte ha inutilizzate tutte queste forme, contro il disposto degli articoli 1211 delle leggi suddette e 895 e 896 delle leggi sulla procedura civile: 4.° Che la stessa gran corte ha fatto dritto all'apppello incidente; ed accolta la specifica, ha commesso un'abuso di potere, poichè siccome in grado di opposizione non potea la medesima discutersi, così la gran corte ha fatto quel che il tribunale far non potea, violando in tal guisa gli articoli 249, e 253 delle dette leggi di procedura: 5.° Finalmente, che contro le disposizioni degli articoli 606 e 607 delle stesse leggi di procedura si era data esecuzione ad una specifica non fatta in regola, e sfornita di pezzi all'appoggio.

» Udito il rapporto presenti gli avvocati D. Tommaso Mazza pel ricorrente, e D. Michele Lemetre pel convenuto; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso al rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. ministero.

» Vista la decisione: visto il ricorso:

» Visti gli articoli 1454 al 1459.

» Vista la *L. 1. 11. §. 9. la L. 21. D. de act. empt. vend. la L. 4. e 10. cod. eod. la L. ult. de contrah. emp. la L. 22. in fine de reb. credit.*

» Attesocchè il primo obbligo del venditore è di consegnare la cosa venduta al compratore, che n' offre il prezzo; ed ove manchi alla tradizione nel tempo convenuto, debb'esser condannato a danni, ed interessi; senza che il compratore abbia l'obbligo di depositare il prezzo ed esperimentar l'azione *ex empto, vel praescriptis verbis*, che gli compete.

» La corte suprema osserva, che la opportunità, o necessità del deposito si verifica nel caso della redibitoria, a'termini della *L. 7. Cod. de pactis inter empt., et vendit.* dell'azione pegnoratizia, e quando il debitore voglia sciogliersi dall'obbligazione contratta, ed il creditore inopportunamente ricusi prendere la somma dovutagli. Ma ne' contratti sinallagmatici, nella compra vendita, dacchè l'obbligo del compratore a pagare il prezzo della cosa non riviene, che dalla tradizione; se il venditore non è obbligato a consegnarla, anzicchè il compratore paghi, costui similmente non è tenuto a pagare il prezzo prima, che segua la tradizione. Ma basta, che *ad tempus* la chiegga, ed offra il prezzo, perchè possa obbligare il venditore alla consegna della cosa venduta.

» Ciò tanto è vero, che anche ove il compratore dimandi la cosa venduta, e non offra l'intero prezzo, non va perciò risoluto il contratto; ma il venditore può ritenerla come in pegno fino all'adempimento *L. 13. §. 2. D. de act. empt. vend. L. 31. de aedilit. edicto.* Ed è pur sicuro, che l'attore il quale al più presto offra poi ciocchè prima mancava; rende così efficace la sua dimanda *quae ab initio laborare videbitur L. 9. §. ult. de pignorat. act.*

» Nella specie la gran corte considera, che dovendo D. Michele Scarfoglio per effetto della convenzione segnata in novembre 1823 consegnare al fine di aprile 1824 al signor D. Giacomo Tommasuolo la partita d'iscrizione vendutagli, ed il compratore dovendo pagargli il prezzo, *contro il bollettino del trasferimento*, ove costui alla scadenza lo citò per l'adempimento, e li offerse il prezzo; ed il venditore legalmente intimato, lungi di adempire, o di fare alcuna eccezione alla dimanda, neppur comparve al luogo designato nella citazione, ed opportuno alla consegna della cosa venduta, nacque al compratore il diritto a' danni, ed interessi. E quando poi il signor Scarfoglio nel corso del giudizio oppose, che il compratore dovea non solo *offerre, sed obsignare pecuniam* per obbligarlo alla tradizione: pretese ciocchè la

legge non ordina per l'esercizio dell'azione *ex empto*, e che si opponea al patto speciale di pagare il prezzo contro, cioè, a vista del trasferimento della iscrizione.

» Perciò la gran corte, che senz'attendere la dedotta eccezione del venditore, accordò al compratore il diritto a danni, ed interessi, e ne dichiarò la somma, lungi di aver violate le leggi sulla compra vendita, e su i rispettivi doveri de' contraenti, ne fece la più giusta applicazione.

» Visto l'art. 508. leggi di procedura civile.

» Attesocchè ove D. Michele Scarfoglio appellò della parte della sentenza del Tribunale, colla quale venne esso condannato a' danni, ed interessi; potea il sigoor Tommasuolo incidentemente produrre, come fece, l'appello avverso l'altra parte, con cui si avea riservato di pronunziare sulla quantità. E come la gran corte vide giusta la prima parte della sentenza, e liquida la somma del debito, potè bene assorbire colla sua decisione la parte, che il tribunale non definì, e rimase in sospeso coll'appellata sentenza.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati dieci; oltre il costo della spedizione.

29. » La tradizione dee farsi nel luogo in » cui la cosa si ritrovava allorchè fu vendu» ta, quando non siasi diversamente pattui» to. *Art.* 1455. *Leg. civ.*

Così Pomponio.

» Item non oportet ejus loci pretia spectari, quo agitur, sed ejus, ubi vina tradi oportet. Nam qui a Brundusio vinum venit (*Brundusii tradendum*): et si venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet. *L.* 3. §. *ult. D. de act. emp. et vend.*

Cujacio illustra queste disposizioni ritenendo anche la massima, che la consegna della cosa venduta dee farsi nel luogo dove il prezzo si è pagato, quando non vi fosse altra convenzione in contrario.

» Ita procedere Pomponius notat si locus dictus non sit, quo vinum traderetur: loco enim condicto, et convento tradendo vino, ejus loci pretium spectatur, non loci quo agitur, vel quo veodit, qua etiam ratione contractus agi potest *L. heres* 19. §. *proinde de judic.* (Nam ut subjicit in extremo) *quod a Brundusio vino venit, Brundusii dari oportet* etiamsi alibi venierit, etiamsi venditio alibi facta sit. Quod maxime notandum est, eum scilicet, qui emit vinum a Brundusio, vel ut loquuntur sine praepositione, eum qui emit vinum Brundusio, aut Chio, id egisse videri, ut Brundusii vinum traderetur. Idemque dicendum est si quis ex horreo illo vinario emerit tot amphoras; nam et hoc casu id actum videtur, ut ibi vinum tradatur ubi est horreum, aut cella vinaria. *Cujacii Comment. in tit.* 1. *de actionib. empti Lib.* 19. *D. ad L.* 3. §. *ult.*

Pothier offre brevi osservazioni sul tempo, e sul luogo della tradizione.

» Non basta, ei dice, perchè il venditore adempia alla sua obbligazione, ch'egli sia pronto a consegnar la cosa che ha venduta; è mestieri che la consegni nel tempo e nel luogo ove essa deve esser consegnata.

» Se nel contratto si è convenuto di un termine entro il quale si dovesse fare la tradizione, ella dee farsi in detto termine, e se il compratore ha sofferto a motivo che non venne eseguita entro il termine fissato, il venditore è tenuto al risarcimento dei danni ed interessi del compratore. Ei però non sarebbe obbligato se fosse per un caso impreveduto che non avesse potuto fare la sua consegna nello stabilito tempo; *puta*, se un falegname che mi ha venduto un torchio, quale si è obbligato farmi e consegnarmi per la prossima vendemmia, è stato sorpreso da una malattia sì forte che non abbia potuto consegnarmi il detto torchio nell'indicato tempo, nè avvertirmi di provvedermi altrove, ei non sarà tenuto al risarcimento del danno che io ne soffro. Moliu. *Tr. de eo quod int. n.* 187.

» Quantunque, secondo i principj di diritto, il solo decorso del termine senza interpellazione costituisca sufficientemente in mora il venditore, e lo renda soggetto al risarcimento dei danni ed interessi del compratore; giusta però i nostri usi il venditore deve esser interpellato giudizialmente, vale a dire mediante una citazione.

» Quando nel contratto non siavi stato de-

terminato uno specificato termine, il venditore dee consegnare la cosa tostochè il compratore che ne ha pagato il prezzo, o che l'offre, la domanda; purchè non vi fosse qualche giusto motivo che ne ritardi la tradizione.

» Quando si è convenuto del luogo della tradizione, essa deve esser fatta in detto luogo; il compratore non è obbligato di riceverla altrove, ed egli non può esigere dal venditore che la consegni in altro luogo.

» Se non venne espresso il luogo, la tradizione dee farsi in quello ove trovasi la cosa; appartiene al compratore di mandare a cercarla. Il venditore dopo il contratto non può senza una giusta causa trasportarla in un altro luogo, ove la tradizione sarebbe più incomoda o più costosa al compratore; s'egli lo fa, ei deve indennizzare il compratore di ciò che gli sarà costato di più per trasportarla. *Pothier - Trat. del cont. di vend. Vol.* 1. *n.* 49 *a* 52.

§. 30. » Se il venditore manchi di fare la » tradizione nel tempo fra le parti convenu- » to, potrà il compratore chiedere a suo ar- » bitrio, o la risoluzione del contratto, o » che egli sia posto nel possesso della cosa » venduta, se il ritardo derivi dal fatto del » venditore. *Art.* 1456. *Leg. civ.*

» Dall'obbligazione che contrae il venditore verso il compratore di consegnargli la cosa venduta, dice Pothier, nasce l'azione *ex empto* che ha il compratore contro il venditore, per farsela consegnare con tuttociò che ne dipende, i titoli ed i frutti.

» Noi esamineremo: 1.° quale sia la natura di quest'azione; 2.° a cosa sia tenuto il compratore per essere ammesso a promoverla; 3.° se il compratore in virtù di quest'azione possa farsi mettere colla forza in possesso dalla cosa venduta, quando il venditore non voglia consegnarla; 4.° in cosa si risolva detta azione per mancanza della tradizione; 5.° quali siano le specie di danni ed interessi al cui risarcimento è tenuto il venditore.

§. I.

Della natura dell' azione ex empto.

» L'azione *ex empto* è un'azione semplicemente personale, che non può aver luogo che contro il venditore ed i suoi eredi: essa non può aver luogo contro un terzo detentore, a cui quegli il quale mi ha venduta la cosa l'avesse poscia venduta e consegnata contro la fede del contratto che aveva prima fatto con me. È questa una conseguenza del principio che noi abbiamo stabilito nel nostro trat. delle obbl. *n.* 151 e 152, che l'obbligazione di dare una cosa non dà alcun diritto nella cosa a quegli a favor di cui essa è contratta.

» Quest'azione personale *ex empto* è un'azion mobiliare o immobiliare, secondo che la cosa che ne è l'oggetto, è una cosa mobile o immobile.

§. II.

A cosa sia tenuto il compratore per esser ammesso all' azione ex empto.

» Regolarmente il compratore non può promovere quest'azione contro il venditore, quando esso non gli offra il prezzo convenuto, se non l'ha ancora pagato: poichè non può egli essere ammesso a dimandare che il venditore soddisfaccia alla sua obbligazione, s'ei dal suo canto non è pronto ad adempire alla propria.

» Egli deve offrire il pagamento di tutto il prezzo; se non ne offrisse che una parte, non sarebbe ammissibile a dimandare la tradizione della cosa che gli è stata venduta, neppure di una minima sua parte; il venditore avendo diritto di ritenerla come per pegno in sicurezza del pagamento intero del prezzo che gli è dovuto. Quindi per la stessa ragione per cui un debitore non è ammesso a domandare la più piccola parte della cosa che ha data in pegno al suo creditore, se non gli paga la somma intiera per la quale essa è in pegno; similmente il compratore non è ammesso a domandare la più piccola parte della cosa che gli è stata venduta, se non è pronto a pagare il prezzo intiero che deve al venditore.

» Ciò insegna la legge 13. §. 8. ff. *de act. empt. Offerri pretium venditori ab emptore debet, quum ex empto agitur; et ideo etsi pretii partem offerat, nondum ex empto est actio, venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*

» Questa decisione ha luogo non solo quando l' azione *ex empto* è ancora indivisa, ma anche dopo ch'ella è stata divisa per la morte del compratore che ha lasciati più eredi. Uno di questi eredi non sarà ammesso a dimandare la parte che gli appartiene della cosa venduta, s' ei non offre di pagare il prezzo intiero della vendita, salvo a lui il diritto di farsi far ragione dal suo coerede della parte cui questi è tenuto. L. 78. §. 2. *de contr. empt.*

» Il giudice nondimeno può qualche volta moderare il rigore del principio testè stabilito, quando l' equità sembri addimandarlo in alcune determinate circostanze, come nel caso seguente. *Finge*: Un oste ha comperato da alcuno quaranta botti di vino per una certa somma pagabile all' atto del trasporto; l' oste non avendo ancora tutta la somma, che crede aver entro otto giorni, domanda che gli sia permesso di trasportarne due botti che gli sono necessarie per mantenere fino al detto tempo la sua osteria, esibendo pagare a conto del prezzo che deve una somma molto maggiore del valore delle due botti. È evidente che in questo caso sarebbe inumanità a non aderire a tale sua domanda, attenendosi troppo scrupolosamente al principio di diritto, che non permette al compratore di domandare una parte della cosa venduta, prima che ne sia pagato il totale prezzo.

» Se il compratore avesse domandata la cosa venduta senza offrire di pagarne il prezzo, e che, dietro siffatta domanda, con una sentenza inappellabile il venditore fosse stato condannato a consegnarla, senza che fosse prescritto dalla sentenza che ciò è coll'obbligo di pagarne preventivamente il prezzo, il compratore sarà egli ammesso a procedere alla esecuzione della predetta condanna senza offrire il pagamento del prezzo? *Fabiano del Monte* agita la quistione nel suo trattato *de empt. vend.* che trovasi nella grande raccolta, *tom.* 6. *p.* 1. *pag.* 61. Egli riferisce l' opinione di alcuni antichi dottori che sono stati di parere che egli era ammissibile, e che il venditore non poteva più esimersi dall' eseguire la condanna, opponendo ch' ei non era pagato del prezzo; perchè l' eccezioni perentorie debbono essere opposte prima della condanna, e non possono esserlo in seguito. L' opinione contraria, che il prelodato autore abbraccia, è più conforme alla verità: quantunque la sentenza che condanna il venditore a consegnare la cosa, non porti espressamente che ciò sarà coll' obbligo dalla parte del compratore di pagarne preventivamente il prezzo, quest' obbligo deve esservi sott' inteso; perciocchè un tale obbligo è inerente alla natura dell' azione *ex empto*, sopra la quale la sentenza è intervenuta; e nelle cose che non tendono ad aggravare ma a temperare la condanna, si reputa che il giudice l' abbia pronunciata relativamente e conformemente alla natura dell' azione sulla quale ha avuto luogo. Rispetto a ciò che si adduce in appoggio dell' altra opinione, che le eccezioni non possono più opporsi dopo la condanna, si risponde che questa regola non ha luogo che relativamente a quelle che tendevano ad attaccare ed impugnare la condanna, e non rapporto a quelle le quali non attaccano la condanna, ma riguardano soltanto la sua esecuzione. In forza di questo fondamento l' eccezione che si chiamava *competentiae*, che le leggi romane davano ad alcune persone, *ne ultra quam facere possent ab eis esigeretur*, poteva opporsi anche dopo la condanna. L. 14. §. 2. ff. *de re iud.* In forza di questo fondamento quando io sia stato condannato a pagarvi una certa somma che vi doveva, io posso, sebben dopo la condanna, opporvi la compensazione di quella che voi mi dovete, Trat. delle obbl. n. 589. Nel caso di cui trattasi in questo luogo, l' eccezione che oppone il venditore, tendente ad obbligare il compratore a pagare il prezzo prima che gli venga consegnata la cosa, è una eccezione di questa specie. Il venditore, con questa eccezione, non attacca la sentenza che lo ha condannato a consegnare la cosa venduta; egli è pronto ad eseguirla; sostiene però con giustizia che il compratore deve dal suo canto soddisfare alla sua obbligazione, pagandone preventivamente il prezzo.

§. III.

Se il compratore in vigore di quest' azione possa far trasportare a forza la cosa venduta.

» È stata agitata la questione, se il venditore il quale è stato condannato a consegnare la cosa, e che l' ha in suo potere, possa esser precisamente astretto a consegnarla; ovvero se, atteso il di lui rifiuto di consegnarla, la sua obbligazione e la condanna debbano convertirsi soltanto in una obbligazione ed in una condanna di danni ed interessi. Molti interpreti del diritto romano, e fra gli altri Scutting e Noodt, sono stati di quest' ultimo sentimento. Essi si appoggiano, 1. sulla legge 4. *cod. de act. empt.* la quale dice formalmente che il venditore il quale per malizia ed ostinazione non consegna la cosa, deve esser condannato ai danni ed interessi del compratore: *Si traditio rei venditae procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* 2. Dicono essi che il venditore rimanendo proprietario della cosa venduta sino alla tradizione, sarebbe cosa sconvenevole di spogliarlo colla forza della sua cosa propria. 3.° In fine adducono essere una massima di diritto che *Nemo potest cogi praecise ad factum*; dal che ne concludono che *Nemo potest cogi ad traditionem.*

» La contraria opinione ha egualmente dei celebri difensori; io la credo la più vera, e penso che in caso di rifiuto per parte del venditore di consegnare la cosa venduta che ha in suo potere, il giudice possa permettere al compratore di prenderla e trasportarla, se è un mobile, o di mettersene in possesso, se è un fondo o una casa, e di espellerne il venditore col mezzo del ministero di un usciere s' ei ricusasse di sortirne. È facile di rispondere alle ragioni allegate qui sopra in appoggio della prima opinione. La risposta alla legge 4, *cod. de act. empt.*, si è che questa legge accorda bensì al compratore l' azione *in id quod interest* contro il venditore che nega ingiustamente di conseguargli la cosa venduta; essa però non dice che la detta azione sia il solo mezzo ch' egli abbia per farsi rendere giustizia. Paolo *sent.* 1., 13, 4. dice formalmente che il venditore può essere precisamente astretto a consegnare la cosa, *potest cogi ut tradat*; ma siccome non è sempre cosa facile al comprare di farsi mettere *manu militari* in possesso della cosa venduta, potendo il venditore sottrarla e nasconderla, egli è quindi da detta legge permesso al compratore di ricorrere all' azione *in id quod interest*; spetta ad esso la scelta dei due mezzi. Relativamente a ciò che dicesi in secondo luogo, che rimanendo il venditore proprietario della cosa venduta, sarebbe sconvenevole di togliergli con violenza ciò che gli appartiene; io rispondo che non vi è in ciò maggiore sconvenevolezza che nel sequestrare i beni di un debitore che ricusa di pagar ciò ch' ei deve. In fine, quanto a ciò che dicesi che *nemo potest cogi ad factum*, e che le obbligazioni consistenti a far qualche cosa, si risolvono *in id quod interest actoris*, io rispondo che questa massima non ha applicazione se non quando il fatto contenuto nella obbligazione è un puro fatto della persona del debitore *merum factum*, come allorquando alcuno si è obbligato verso di me di copiarmi i miei scritti, o di farmi una fossa, è cosa manifesta che io non posso farlo scrivere o travagliare allo scavo del fosso contro sua volontà, e che la sua obbligazione in caso di rifiuto di eseguirlo, debba necessariamente risolversi nei danni ed interessi. Non è lo stesso rispetto al fatto della tradizione; questo fatto *non est merum factum*, *sed magis ad donationem accedit*; ed il debitore può esservi costretto coll' apprensione, e col trasporto della cosa che si era obbligato di consegnare. Il nostro sentimento è quello di Cujacio, *ad l.* 1. ff. *de act. empt.*; di Zoes *parat. ad d. tit.*; di Perez *cod. ad d. tit.* di Davesan *Tr. de empt. vend.*

» Fra quelli stessi che credono la prima opinione più conforme al diritto romano, ve ne sono alcuni che convengono che i romani eransi in ciò allontanati dal diritto naturale; tale è il sentimento di Barbeyrac. Infine sembra che l' opinione che noi abbrac-

ciamo sia osservata nella pratica, come ne conviene Wissemback, quantunque egli sia di contraria opinione.

» Vi han però alcuni casi nei quali la nostra decisione dee soffrire eccezione per alcune particolari considerazioni. Per es. se una persona che era determinata a demolire la sua casa, mi abbia venduta una certa trave, o qualche altra cosa formante parte di detta cosa, quantunque le leggi romane le quali non permettevano la vendita di cose unite agli edificj, non abbiano luogo tra di noi, e che questa vendita sia valida, quando però il venditore, avendo cambiato di sentimento, e non volendo più demolire la sua casa, ricusa di consegnarmi le surriferite cose, non mi sarà permesso di demolire la sua casa per trasportare le cose che mi ha vendute le quali vi sono unite, e la sua obbligazione in questo caso dee risolversi nel risarcimento de' danni ed interessi. Vi è un interesse pubblico il quale si oppone alla demolizione di un edificio; ed altronde, allorchè il debitore deve risentire dall'adempimento della sua obbligazione, un danno più considerevole di quello che il creditore può risentire dall'inadempimento, l'equità esige che in questo caso il creditore si contenti di essere indennizzato di ciò ch' ei soffre dall'inadempimento, con una condanna dei danni ed interessi, e che in tal caso ei non possa costringere il debitore all'adempimento preciso della obbligazione: ciò risulta dal secondo precetto della legge che ci obbliga di amare il nostro prossimo come noi stessi.

§. IV.

In che si risolve l'azione ex empto, *in mancanza della tradizione.*

» Gl' interpreti del diritto romano che hanno scritto prima di Molineo, non riconoscevano nelle conclusioni secondarie dell' azione *ex empto*, in caso di mancanza di tradizione ed in caso di evizione, che un solo oggetto; vale a dire la condanna della somma cui doveva essere stimato l' interesse presente che ha il compratore di avere la cosa che non gli è stata consegnata, o di cui ha sofferta l'evizione. Da questo principio inferivano questa conseguenza, che se avuto riguardo allo stato presente della cosa venduta, la quale dopo il contratto fosse considerevolmente diminuita di prezzo, la stima delle interesse che ha il compratore di aver questa cosa, fosse portata ad una somma inferiore al prezzo pel quale essa era stata venduta, il venditore non doveva restituire questa somma, e poteva ritenere l' eccedente del prezzo. Domat. lib. 1. *t.* 2. *del contratto di vendita* sez. 10. n. 15., quantunque abbia scritto molto tempo dopo Molineo, ha del pari seguita l' antica opinione: essa è similmente adottata da Caillet, professore a Poitiers, nell' elegante commentario ch' egli ha fatto sopra il titolo del Codice *de evict.* Molineo il quale meglio di ogni altro interprete ha approfondita questa materia, nel suo trattato *de eo quod interest*, *n.* 68., 69. ec. confuta siffatta opinione, ed insegna che l' azione *ex empto*, *in id quod interest*, in caso di mancanza di tradizione, egualmente che nel caso di evizione, ha due oggetti; il principale è la restituzione del prezzo che è stato pagato, o la liberazione di quello che fosse ancora dovuto; il secondo è il pagamento di tutto ciò che il compratore soffre di più per mancanza della tradizione, o per l' evizione. Questi due oggetti trovansi chiaramente distinti nella legge 45. ff. *de act. empt. Non pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris.*

» Quando dunque la cosa che io ho comperata, venne dopo il contratto considerabilmente deteriorata e diminuita di prezzo, sia per mia negligenza sia per caso fortuito, *puta*, se io ho comperata una casa pel prezzo di ventimila lire, e che dopo il contratto una gran parte delle fabbriche sia stata consumata dal fulmine, di maniera che non valga presentemente diecimila lire, e che in consegnenza l' interesse che io ho presentemente di avere o di ritenere la detta casa, sia di un valore inferiore assai al prezzo di ventimila lire pel quale io l' ho comperata, pure io ho diritto, in caso di mancanza di tradizione o di evizione, di domandare al mio venditore la restitnzione dell' intiero prezzo di lire ventimila. La ragione si è che è

proprio della natura di tutti i contratti commutativi e sinallagmatici, come è il contratto di vendita, che l' una delle parti non contragga il suo obbligo verso l'altra, se non se alla condizione che l' altra soddisfaccia al suo. Quindi non avendo contratto verso il mio venditore l'obbligo di pagargli il prezzo, se non perchè egli non mancherebbe al suo, ed avendo questi mancato al suo colla mancanza della tradizione, o non difendendomi dall' evizione che io ho sofferta, l' obbligazione che io aveva contratta con esso di pagargli il prezzo, egualmente che il diritto che risultava a suo profitto da questa obbligazione, si sciolgono: il mio venditore cessa allora di avere alcun diritto al prezzo che io mi sono obbligato di pagargli; e perciò egli nulla può esigere, e se è stato pagato, nulla può ritenere ed io posso ripeterlo in intiero, *condictione sine causa.* Allorchè è evidentemente contro l'equità, che il mio venditore, il quale ha mancato e che m' inganna vendendomi una cosa che non gli appartiene, profitti di ciò per guadagnare su di me una parte del prezzo. Contro questo sentimento si oppone invano la legge 22, *cod. de evict.* ove si dice che è dovuto al compratore in caso di evizione, *quanti tua interest*, *non quantum pretii nomine dedisti*; perciò dee intendersi in questo senso, *non* (*solum*) *quantum pretii nomine dedisti.* Si oppone anche la legge 8. ff. *de her. vend.* in cui si dice che nel caso dell' azione che ha il compratore contro quegli che ha venduti dei diritti di successione come se gli appartenessero, e che non gli appartenevano punto, questi diritti devono essere valutati quanto vagliono. Molineo risponde assai bene a questa obbiezione, che questa stima non si fa che in favore del compratore contro il venditore, il quale deve esser condannato a pagare tutto il valore di questi diritti successivi, in caso che valessero più del prezzo pel quale sono stati venduti; ma deve sempre restituire tutto il prezzo pel quale sono stati venduti; ma deve sempre restituire tutto il prezzo, quando anche valessero di meno.

» Relativamente alla legge 78., ff. *de evict.* sopra la quale Domat si fonda, ed ove Paolo dice, *evicta re ex empto actio, non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit, ergo et si minor esse coepit, damnum emptoris est*, Molineo risponde che queste parole, *damnum emptoris est*, non si riferiscono *ad pretium recipiendum*, dovendo questo sempre esser restituito in intiero al compratore in caso di evizione: ma si riferiscono soltanto *ad id quod interest emptoris*, poichè nella guisa che *id quod interest emptoris rem habere licere*, aumenta a misura che la cosa cresce di valore; così diminuisce e si riduce a nulla, quando la cosa scema di valore; ed in questo senso, *si res minor esse coepit, damnum emptoris est.* La stessa risposta deve farsi alla legge 45. ff. *de act empt.*, la quale viene similmente citata da Domat in favor della sua opinione; ciò che dicesi in questa legge, che *minuitur proestatio*, *si servus deterior apud emptorem effectus sit*, *cum evincitur*, non deve intendersi in questo senso, *ut minuatur proestatio quantum ad restitutionem pretii*, ma solo *ut minuatur proestatio ejus quod ultra pretium interesse posset emptoris*, percioccbè questo *hoc quantum interest* si regola avuto riguardo allo stato in cui trovasi la cosa al tempo dell' evizione, e non allo stato nel quale era al tempo del contratto.

» La legge *ex mille*, 64., che viene del pari citata da Domat, non ha veruna applicazione a questa questione; essa non riferisce al caso di una cosa che fosse stata semplicemente deteriorata o svilita; ma al caso di una cosa cui una parte è stata intieramente distrutta, e per la quale in conseguenza il compratore non può soggiacere all' evizione, perchè più non sussiste: dal che segue che quando poi il compratore soffre l' evizione di una parte di ciò che rimane della detta cosa, il venditore non può esser tenuto alla restituzione del prezzo che per le parte per cui il compratore soffre l' evizione, e non per quella che più non sussiste, e per la quale non può aver luogo l'evizione. Infine non si può dedurre alcun argnmento contro la dottrina di Molineo dalla legge 66. §. *fin. ff. de evict.* Imperciocchè la garantia delle divisioni, di cui in es-

sa si parla, si regola con principj diversi da quelli che praticansi per la garentia cui è tenuto un venditore, Oltre gli argomenti dedotti da queste leggi, Caillet oppone ancora che il sentimento di Molineo è contrario al principio di diritto, secondo il quale la diminuzione che sopravviene dopo il contratto di vendita deve cadere sul compratore. Ora se, dice egli, non avrebbe ciò luogo se non ostante tale diminuzione, egli avesse diritto di ripetere in caso di evizione il prezzo intiero che ha pagato? La risposta si è che in conformità dei principj di diritto, la diminuzione che accade sulla cosa venduta deve cadere sopra il compratore finchè essa a lui rimane, e che il venditore non contravviene alla sua obbligazione: ma quando però questi vi contravviene, i principj di diritto non impediscono che egli non debba restituire il prezzo intiero. Al contrario i principj di diritto ed il solo buon senso insegnano che non edempiendo il venditore alla sua obbligazione, il compratore è liberato da quella che aveva contratto di pagargli il prezzo. Caillet insiste, e dice che le ragioni di Molineo sono soltanto contro il venditore di mala fede; che il venditore di buona fede adempie intieramente alla sua obbligazione, offrendo il risarcimento dei danni ed interessi. La risposta si è che la obbligazione dei danni ed interessi non è che una obbligazione secondaria la quale suppone l'inadempimento della obbligazione principale; ora basta che vi sia stata una inosservanza della principale obbligazione del venditore, perchè il compratore sia stato liberato dalla sua. Male a proposito poi Caillet afferma che Molineo ha cambiato di opinione, al *n.* 124. dello stesso trattato: la questione che ivi trattasi non si decide con questi principj generali.

§. V.

A quali specie di danni ed interessi sia tenuto il venditore per la mancanza di tradizione.

» I danni ed interessi de' quali è responsabile ordinariamente il venditore in mancanza di tradizione, egualmente che in caso di evizione, sono tutto ciò che il compratore perde o manca di guadagnare rispetto alla cosa stessa che ha fatto l'oggetto del contratto, al di là del prezzo che ha pagato, *id quod interest propter ipsam rem non habitam.*

» Tutto ciò che è costato al compratore oltre il prezzo, forma parte dei detti danni ed interessi, tali sono le spese del contratto, il centesimo danaro, le spese di viaggio per vedere il fondo, ec.

» Entra similmente nei danni ed interessi ciò che la cosa vale di più di ciò che valeva al tempo del contratto atteso il sopravvenuto aumento di prezzo sulle cose di eguale specie. Perciò se per es. mi è stato venduto una botte di vino, e che il vino dopo il contratto abbia aumentato di prezzo, il venditore per la mancanza di tradizione del vino vendutomi dee farmi ragione dell'aumento del prezzo; conciossiachè a motivo della mancata tradizione, io ho perduto il profitto dell'aumento; profitto che avrei avuto, se mi fosse stata consegnata la cosa. *L.* 22. §. 3. *de act. empt.*

» Del rimanente, quest'azione ordinariamente non si estende, come noi l'abbiam detto, che ai danni ed interessi che il compratore ha sofferti rispetto alla cosa stessa che gli è stata venduta; perciocchè ordinariamente quelli soltanto sono stati preveduti, ed a questi il venditore ha inteso di sottomettersi. Per siffatto motivo tale azione ordinariamente non si estende ai danni ed interessi che il compratore ha sofferti altronde *exstrinsecus*, e dei quali l'inadepimento del contratto non è stato che una rimota causa: Così decide Paolo d. l. 22. §. 3. *Cum per venditorem steterit quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit quae modo circa ipsam rem consistit.* Per es. se veone venduta dell'avena ad un colono, il danno che la mancanza della tradizione gli ha recato nei suoi cavalli, i quali non essendo stati nudriti, sono divenuti stenuati, e nelle terre che non han potuto esser coltivate come era d'uopo dai detti suoi cavalli che non erano nudriti a dovere, non potrà esser preteso contro il ven-

ditore il risarcimento di un tale danno perchè non è un danno che il compratore abbia sofferto *circa ipsam non venditam*, e di cui la mancanza di tradizione non è stata che una causa occasionale e lontana. La citata legge riferisce varj esempj simili al sovra esposto.

» Alcune volte però l'azione *ex empto* comprende anche i danni ed interessi dal compratore sofferti *extrinsecus* e negli altri suoi beni. Ciò ha luogo allorchè dalle circostanze risulta che siano stati preveduti al tempo del contratto, e che il venditore siavisi assoggettato almeno tacitamente, in caso d'inadempimento della sua obbligazione. Si può addurre per esempio il caso in cui il falegname, avvisato dell'imminente ruina della mia casa, mi avesse venduti dei puntelli che si fosse obbligato di consegnare e mettere in opera al momento, per prevenirne la ruina. Se il detto falegname per negligenza ha mancato di consegnarmi i puntelli nell'indicato tempo, e che la mia casa, a motivo che non è stata puntellata, siasi sprofondata nel giorno seguente, questo falegname è responsabile della perdita che soffro dalla caduta della mia casa. Conciossiachè quantunque questo danno non concerne la cosa venduta, pare nondimeno che il danno che soffro per la ruina della mia casa, è un danno che è stato preveduto al tempo del contratto, ed a cui il falegname che mi ha venduti i puntelli si è tacitamente sottoposto in caso d'inadempimento dell'obbligo da esso assunto di consegnarli e di metterli in opera nel giorno stesso, poichè egli è stato avvertito dell'imminente ruina della casa, perchè la mira di prevenirla è stato l'oggetto principale del contratto, e che per un tal fine egli si è obbligato di consegnare e di porre in opera nel giorno stesso i puntelli.

» Nel nostro Trat. delle obbl. *n.* 159 e seguente si osservano le regole generali che abbiamo stabilite rispettivamente ai danni ed interessi che risultano dall'inadempimento della obbligazione di dare una cosa: queste regole si applicano al contratto di vendita, egualmente che agli altri contratti. *Pothier Trat. del cont. di vendita Vol. I. n.* 61 *a* 73.

Vedi *Condizione* §. 16.

» §. 31. In tutti i casi il venditore debbe » esser condannato al risarcimento de' danni » ed interessi, qualora dalla tradizione non » fatta nel tempo convenuto ne risulti un pre» giudizio al compratore. *Art.* 1457. *Leg. civ.*

Gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano rescrissero, che il venditore messo in mora per la consegna della cosa venduta è tenuto per gl'interessi verso il compratore.

» Si traditio rei venditae juxta (*id. secundum quod convenit*) emptionis contractum procacia (*id. contumacia*: *habet enim venditor rem, nec tradidit*; *et sic condemnatur hic in interesse*) venditoris non fiat; quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem (*per se, vel per emptoris sacramentum factam*) deducere curabit. *L.* 4. *Cod. de act. emp. et vend.*

Casus. Emi fundum a Titio, nec vult ex sua superbia tradere; qualiter mihi succurratur? responde quod condemnabitur mihi non praecise ad rem, sed ad interesse. »

Brunnemanno osserva, che l'interesse cui il venditore è tenuto per non aver consegnata la cosa venduta dee calcolarsi dal magistrato, al di cui esame si assoggetta la pretenzione del compratore.

» Emi a te fundum, sed tu ex procacia, id est contumacia non vis tradere fundum, ego volo agere ad interesse; quaeritur, an tanti debeat te condemnare judex, quantum ratione interesse petiero, an vero quantum judex arbitratus fuerit? Et posterius hic affirmatur, unde nonnulli volunt probare, quod venditor non teneatur praecise rem tradere, licet habeat facultatem tradendi, nam hic dicitur, quod *ex procacia venditoris* res non fuerit tradita, procacia autem non esset nisi haberet facultatem tradendi; sed textus hic eam sententiam non probat, nam non quaeritur hic, an venditor praestando interesse liberetur, sed si emptor ad interesse agere velit, quomodo condemnatio facienda, ut ad hanc legem respondet Bacchov. *in Treutl. Vol.* 1. *Disp*, 28. *th.* 2. *lit. C.* Ideoque communiter recepta illa distinctio, quod aut venditor potestatem habet tradendi rem, aut non habet; illo casu venditorem praecise teneri rem tradere, licet emptor ad interesse, si ve-

lit agere, possit; sed posteriori casu teneri emptorem praestatione interesse contentum esse, cujus ratio manifesta, quia ad impossibilia nemo obligatur. Et hanc sententiam amplectuntur doctores communiter, praesertim cum malitiae hominum indulgeretur, si venditor praestando interesse se liberare posset. *Gomez. t. 2. Resol. c. 10. n. 2. Hillig. in Donel. lib. 13. cap. 14. lit. A. etc.* Colligunt ex hoc testu: interesse, licet a parte juramento probari possit, arbitrio tamen suo id judicem moderari posse. *Brunnemanni Com. in cod. lib. 4. tit. 49. de act. emp. ad L. 4.*

D'altronde ci fa riflettere Domat » se i cambiamenti i quali diminuiscono la cosa venduta o la distruggono tra il tempo della vendita e quello della consegna, accadono quando il venditore è già in mora nel consegnarla, su di lui cade la perdita, sebbene avvenissero senza di lui colpa, ed anche per casi fortuiti *L. 12. e 14. D. de per. et com. rei vend. L. ult. cod. cod.* perdendo egli egualmente la cosa e'l prezzo che dee restituire, se l'abbia ricevuto. Imperciocchè se fosse stata fatta la consegna, il compratore avrebbe potuto o vendere la cosa, o in altro modo prevenire la perdita; ed inoltre il venditore dee a se medesimo imputare la mora. *Domat Leggi civili tit. 2. sez. 7. n. 3. Vol. 2.*

È uniforme ancora alla dottrina professata da Ulpiano quel risarcimento dei danni dovuto al compratore per la tradizione ritardata dal venditore.

» Si res vendita non tradatur (*quando est corporalis si autem incorporalis, tunc si patientia non praestatur agitur ad interesse*) in id quod interest agitur; hoc est, quod rem habere emptoris interest. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris intersit quam res valet, vel empta est. *L. 1. §. 1. D. de actio. empti et vend.*

Casus. Vendidi tibi fundum pro decem, si non trado; agis ex empto ad interesse: quod alias plus continet alias minus, et pluria tua interest rem tibi fuisse traditam certe habebitur ratio ejus quod tua interest, quamvis id pretium rei excedat. »

Cujacio espone però il modo come dee promoversi l'esperimento dell'azione per gl'interessi nascenti dalla tradizione non fatta.

» Si stipulatio simpliciter ita concludatur, quanti ea res est dari, idst quanti interest, fateor, non posse stipulatorem agere de re ipsa, sed aestimatione litis contentum esse debere *L. si quis 13 de re judic. L. praetoriae 2. de praetor. stipul.* Praeterea Accursius quaerit, an idem etiam dici possit de actione ex vendito, idest, utrum emptor conventus actione ex vendito, omnimodo cogatur pretium solvere: an vero alterius rei praestatione defungi, et se liberare possit? Et putat idem juris esse in utroque, nempe, ut liberetur emptor, praestando aliam rem, venditor praestando pecuniam, id est, quod interest, non rem venditam. Id vero juris jam probavi in venditore locum non habere, et multo minus locum habet in emptore. Cur? quia emptor in hoc obligatus et ut det, id est, ut pretium faciat venditoris: venditor autem non est obligatus ut det, id est, ut rem faciat emptoris, sed ut tradat, id est, ut emptorem possessorem faciat. *L. 1. de rer. permut.* Et ratio diversitatis perspicua haec: quia emptor non debet certa corpora nummorum, sed certam quantitatem, certam summam: venditor certum corpus debet, et certi corporis non aeque facile est dominium transferre in accipientem, atque certae quantitatis: proinde emptor dare tenetur, venditor facere, id est, tradere: in obligationibus autem dandi facilius hoc admittitur, ut qui debet dare, omnimodo teneatur dare *L. ubi autem 75. §. ult. de verb. obl. Stipulatio rem dari continet, inquit, ut omnimodo dominium efficiatur stipulatoris quoquo modo.* Multa alia in hanc legem sunt delicta Accursii, inter quae illud eminet, quod et multos invasit tres esse species ejus quod interest commune, conventum, singulare. Pretii haec divisio est, non ejus quod interest. Pretium vel conventio facit, vel communis hominum consensus, et tritura fori, vel affectio, et utilitas singulorum *L. pretia ad leg. falcid.* Haec divisio ei quod interest accommodari non potest. Aliud est res, sive rei pretium, longe aliud id quod interest: licet etiam addere tertium, aliud poena, aliud res, aliud quod interest: aliud poena ex *L. Neratius ait. 11. §. ult. de servo corr.* Pretii ratio varia, multiplex, et mutabilis est; ejus quod interest, una eademque ratio, et par

sibi semper, utpote quae in omnibus judiciis ita *inducatur*, sicut Justinianus ait in tit. eod. de sent. quae pro eo, quod inter: ut hoc quod revera inducitur damnum, hoc reddatur. *Cujacii Comment. in tit.* 1. *de actionib. empti lib.* 19. *D. ad L.* 1.

Gerardo Nood osserva inoltre su la medesima legge, che il venditore può anche essere astretto a consegnare la cosa venduta.

» Si venditor possit, sed nolit tradere? hic in partes iverunt interpretes: aliis existimantibus, eum cogi praecise, ut tradat rem venditam: aliis contra defungi praestatione ejus quod interest, nec ad traditionem ipsius rei cogi. Mihi placet hanc litem dividere in duas partes; prior quaerit, an venditor cogatur rem venditam emptori tradere? altera quaerit quo modo ea coactio fieri debeat? quod ad priorem attinet, nulla dubitatio est quin venditor possit ad rei venditae traditionem cogi; sicut ad eam tenetur, eo quod se venditione, ad ejus traditionem obligavit; obligatio autem est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura *pr. Inst. de obligat.* igitur venditor tenetur emptori rem venditam tradere; et si cesset actione ex empto ad id cogitur. Res clara, et certa: sed nil vetat eam firmare auctoritate Justiniani in §. 2. *Inst. de donat.* dicentis donationem nudo consensu perfectam, ad exemplum venditionis in se habere necessitatem traditionis: ut etiam si non tradatur habeat plenissimum, et perfectum robur, et traditionis necessitas donatori incumbat. Secundum hoc igitur non est dubium quin et donator, et venditor recte putetur ad rei venditae traditionem teneri, cogi, compelli: atque ita Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 13. et alii *L.* 50. *D. h. t. L.* 28. *D. de donat.* Profligata est prior pars propositae quaestionis, an venditor cogatur rem venditam tradere; altera est de modo, quo cogi debeat? is non est alius, quam praestatio ejus quod emptoris interest, rem venditam ei esse traditam. Non est, quod quaeras: certis argumentis in *L.* 11. §. 8. *et* 9. *item L.* 9. *D. h. t.* accedit quod in *L.* 10. *D. quib. mod. pig. vel hip. sol.* venditor non tradens, cum potest, rem venditam dicitur ad id quod interest condemnari. Praeterea in *L.* 4. *Cod. h. t.* sic rescribitur a Diocletiano et Maximiano: *Si traditio rei venditae juxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat: quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Forte absurdus videar, post haec ulterius monstrare praesumens quod ex superioribus liquet, venditorem quidem cogi rem venditam emptori tradere; sed duntaxat praestatione ejus quod interest. Non debeo tamen praeterire quod Justinianus imperator *L.* 17. *Cod. de fide instrum.* ex usu fori venditori palam concedit electionem, utrum malit, emptori rem venditam tradere, an id quod interest praestare. Verba Justiniani si quis desideret haec sunt: *Quod pretio statuto, necessitas venditori imponetur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest, ei persolvere.* Nec hoc abhorret a regulis juris: quae faventes libertati publicae interpretentur, servile esse atque indecorum, civem romanum praecise cogi facere quod promiserit; ideoque oportere eum liberari solutione ejus quod interest; prorsus non inique: sive de promissore, ve de stipulatore quaeratur, illum certe quis ferat quaerentem de severitate hujus juris, quam ei liceat evitare traditione rei promissae, hic vero volens alium sibi obligare, creditus fuit spectare ad lucrum, quod stipulatione affectet, aut ad damnum quod alioquin metuat: ideoque alterutrum si impetret, habere quod aut stipulatione aut emptione sibi destinavit: potestate ejus obbligationem promissae rei, aut facti in obligationem ejus quod interest transferente. *Gerardi Noodt Comment. ad lib.* 19. *tit.* 1. *de actionib. empti et venditi.*

Finalmente Pothier adduce gli esempj dei danni ed interessi, che può pretendere il compratore pel ritardo fatto dal venditore nella tradizione.

» Quando il venditore, ei dice, sia stato posto in mora di consegnare la cosa venduta nel tempo che doveva consegnarla, benchè egli in seguito offra di farne la tradizione consegnandola, non è sempre perciò liberato dalla sua obbligazione: avvegnachè se il compratore venne pregiudicato da questo ritardo, il venditore deve esser condannato al risarci-

mento dei danni ed interessi del compratore.

» Questi danni ed interessi consistono nell'indennizzare il compratore, tanto delle perdite che il ritardo gli ha fatto soffrire, quanto de' guadagni di cui lo ha privato rispetto alla cosa che gli è stata venduta. Quindi, 1. Se la cosa che mi avete venduta è stata deteriorata, quantunque per una forza irresistibile, dopo che siete stato posto in mora di consegnarmela, voi siete tenuto a farmi ragione di ciò che la cosa vale di meno per questa deteriorazione.

» Questa decisione ha luogo nel caso in cui l'accidente pel quale questa cosa è stata deteriorata non sarebbe accaduto su di essa se voi me l'aveste consegnata. Essa ha anche luogo qualche volta nel caso in cui questo accidente fosse del pari seguito; cioè quando dalla mia qualità di mercante appare che io comperava tal cosa per rivenderla, e che io avrei avuto tempo di venderla prima dell'accidente, se voi me l'aveste consegnata nel tempo convenuto.

» Questa decisione però non ha luogo nel caso in cui io avessi sofferto egualmente la perdita di detta deteriorazione, quando anche voi non aveste usato il menomo ritardo a consegnarmi la cosa. Per es. se dopo che voi siete stato dichiarato in mora di farmi la consegna di una possessione affittata che voi mi avete venduta, è sopragginuta una inondazione che ha arrenate più terre che ne dipendono, io non avrò diritto di domandare che voi mi facciate ragione di tale perdita, perciocchè l'avrei sofferta egualmente io stesso, quando anche voi non aveste indugiato per alcun tempo ad eseguire la vostra obbligazione; perchè questo non è un danno che risulta da detto ritardo.

» Nei due primi casi nei quali il venditore è responsabile della deteriorazione alla cosa sopravvenuta dopo la sua mora, non solo il compratore può chiedere che il venditore lo indennizzi di quel tanto meno che vale la cosa, come l'abbiamo osservato più sopra, qualche volta egli può altresì ricusare di prender la cosa, e pretendere contro il venditore la restituzione del prezzo nonchè il risarcimento dei danni ed interessi, egualmente come nel caso di mancanza di tradizione: ciò ha luogo quando la deteriorazione è considerevole, e tale che il compratore non avrebbe voluto comprare la cosa, se essa fosse stata a quell'epoca in quello stato.

» 2.° È pure una conseguenza dei danni ed interessi risultanti dal ritardo che il venditore ha usato nell'inadempimento della sua obbligazione, ch'ei sia tenuto a far ragione al compratore della perdita da esso sofferta, o del guadagno che ha mancato di fare per le diminuzioni seguite dopo il ritardo sul prezzo della cosa venduta. *Finge*. Io ho venduto il mio vino ad un mercante in ragione di lire cento per ogni botte. Dopo il contratto il prezzo del vino è montato a cento venti lire, e dopo che io sono stato messo in mora di consegnarglielo, il prezzo del medesimo vino, che egli avrebbe potuto rivendere cento venti lire, se glielo avessi consegnato nel tempo che doveva farlo, è ribassato a cento lire: io devo esser condannato a risarcirlo del guadagno delle venti lire per botte che il mio ritardo gli ha impedito di fare.

» 3.° Le spese dei carri che il compratore ha spediti per trasportare le mercanzie al tempo in cui esse dovevano esser consegnate, i quali sono ritornati voti pel rifiuto che ha fatto il venditore di consegnarle, sono anche una perdita che soffre il compratore dalla mora del venditore, e di cui questi deve indennizzarlo.

» Generalmente, quando la mora del venditore abbia obbligato il compratore alle spese necessarie che esso non avrebbe fatte senza detto ritardo, il venditore è obbligato ad indennizzarlo. Per es. se essendo a Parigi, io ho comperati da voi due cavalli per attaccarli alla mia carrozza, e che dopo ch'io vi ho messo in mora di consegnarli, per attendere a' miei affari io sia stato obbligato di noleggiare delle carrozze di cui non avrei avuto bisogno se avessi avuti i cavalli che mi avete venduti, voi dovete indennizzarmi di questa spesa, rimborsandomi ciò ch'io sono stato obbligato di spendere in noli di carrozze più di ciò che mi sarebbe costato il mantenimento de' cavalli durante il tempo che voi siete satto in mora di consegnarmeli.

» Per la stessa ragione se io ho comperata una casa in una città ove dovea andare ad istabilirmi, di cui il venditore doveva rimettermi le chiavi a San Giovanni, e che essendovi andato nell'indicato tempo egli sia stato in mora di rimettermele, ei dee indennizzarmi della spesa che ho fatta durante il tempo che è stato in mora, per abitare altrove, e per depositare i mobili che io aveva trasportati.

» È ad osservarsi che le spese cui un compratore pretende essere stato obbligato per la mancata tradizione devono essere stimate con moderazione, e quanto sembrino verosimili ed essere state necessarie.

» 4.° È egualmente effetto della mora che il venditore il quale prima della mora era tenuto a restituire i frutti da esso percepiti dopo il pagamento del prezzo, dopo la mora sia tenuto di far ragione non solo di quelli che ha percepiti, ma di quelli altresì che non ha nè percepiti, nè potuto percepire, ma che sarebbero stati percepiti dal compratore se la cosa gli fosse stata consegnata allorchè l'ha domandata. Per es. se io ho venduto un cavallo ad un noleggiator di cavalli, e ch'io sia stato in mora di consegnarglielo, sono tenuto ad indennizzarlo di tutto il guadagno ch'ei avrebbe potuto fare noleggiando detto cavallo nel frattempo in cui sono stato in mora di consegnarglielo.

» Ci rimane ad osservare che nei danni ed interessi che risultano dalla mora, non si comprende ordinariamente che ciò che il compratore ha sofferto o ha mancato di guadagnare rispetto alla cosa venduta, e non ciò che ha sofferto *extrinsecus*: non vi si comprendono sopra tutto le perdite di cui la mora non è stata se non una rimota occasione. *Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 1. *n.* 74. *a* 80.

Fu questione nell'abolita corte di cassazione se non consegnata la cosa venduta siano dovute le usure non convenute sul pagamento eseguito. Con decisione de 8. novembre 1809. si sostenne la negativa.

» *Fatto*. Il signor Giuseppe di Ruggiero vendè una quantità di olii alla ragione mercantile Morro. Nell'istrumento di vendita, non vi fu alcun patto relativo alle usure dovute sul prezzo sborsato, nel caso che la consegna del genere non seguisse; ma soltanto si convenne della rifazione dell'*id quod interest* a norma della legge. Non seguì la consegna: la ragione Morro acquistò altri olii, e con essi supplì al caricamento da spedirsi all'estero, cui erano destinati gli olii vendutigli dal Ruggiero.

» La ragione Morro dimandò nell'abolito Magistrato di commercio contro del signor di Rugiero la valuta della spedizione all'estero. Il Magistrato di commercio dopo la compilazione di un termine, con sentenza de' 22 agosto 1808 deferì alla dimanda, ed ordinò la liquidazione dell'importo. La ragione Morro accettò la sentenza.

» Si elesse il perito per la liquidazione. Senza attendersi l'esito di tale liquidazione Ruggiero pagò 948 ducati per l'importo della suddetta spedizione. La ragione Morro si ricevè il pagamento, ma colla protesta di non recarsi pregiudizio agl'interessi di tale valuta: interessi che in seguito chiese presso il tribunale di commercio.

» Questo con sentenza de' 2 maggio dell'anno 1809 escluse la dimanda; 1.° Perchè la ragion Morro aveva accettata la sentenza del precedente magistrato di commercio, la quale non conteneva la condanna degl'interessi; 2.° Perchè avendosi la ragion Morro ricevuto il pagamento de' 948 ducati senza attendere la liquidazione, ciò induceva una tacita convenzione.

» La ragion Morro contro di tale sentenza produsse sue doglianze alla Corte di appello residente in Napoli. Questa per le stesse considerazioni confermò la sentenza del tribunale di commercio, e condannò la ragion Morro alle spese del giudizio.

» La ragion Morro ne produsse ricorso per cassazione, assumendo di essersi violati dalla corte di appello gli art. 1153 e 1611 del codice civile.

» Vista la decisione della corte di appello di Napoli.

» Visto il ricorso per cassazione prodotto contro di tale decisione:

» Udito il rapporto del giudice Magliano:

» Udito il signor Giuseppe Mongiardini complimentario della ragion Morro, a nome

del quale fu il ricorso prodotto, rappresentato dal patrocinatore signor Pasquale Gamboni, ed il signor Giuseppe di Ruggiero rappresentato dal patrocinatore signor Benedetto de Simone: ed inteso il procuratore generale del Re nelle sue verbali conclusioni, colle quali ha chiesto di non ammettersi il prodotto ricorso, e di liberarsi il deposito di ducati 40 in beneficio del regio erario:

» La Gran Corte prendendo in considerazione la legge 56. *pr. ff. Locati*: »

» *Quaero, an fideissor conductionis, etiam in usuras, non illatarum pensionum nomine teneatur: nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur, eos qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fidejussor se obligavit, eum quoque, exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judiciis applicentur; tamen cum fideiussor in omnem causam obligavit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac sit ita fidejussisset* in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes? *vel ita*, indemnem me praestabis? »

» La legge 4. C. *de actionibus empti.*

» *Si traditio rei venditae juxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat: quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* »

» La legge 13. *C. de usuris*: »

» *In bonae fidei judiciis* (*quale est negotiorum etiam gestorum*) *usurarum rationem haberi certum est. Sed si finitum est judicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adjectis usuris, nec provocatio sequuta est, finita retractanda non sunt.* »

» La legge 4. C. *depositi*: »

» *Si deposita pecunia is qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere praestare. Sed si cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est: ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una: ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatae exceptione repellitur.* »

» Considerando, che nel contratto di vendita degli olii fra il signor Giuseppe Ruggiero, e la ragione Lionardo Morro e compagni, non vi è alcuna stipulazione particolare e principale di usure, ma solo dell'*id quod interest* in caso di non tradizione della merce venduta, com'è anche prescritto nelle leggi:

» Considerando, che l'abolito Tribunale del commercio nel diffinire il suddetto interesse, ebbe soltanto ragione dell'importo delle spese erogate dalla ragion Morro, e non già delle usure del danaro speso; e che tale decisione non fu dalla ragione Morro impugnata, e passò in giudicato:

» Considerando, che la corte di appello nell'escludere la dimanda della detta ragione per le usure, non ha violato nè le leggi romane, che regolar doveano tale contratto dell'anno 1798; nè gli allegati art. 1153 e 1611 del Cod. civ.; anzi si è perfettamente uniformata alle disposizioni delle citate leggi:

» Ha deciso, che non si ammetta il ricorso prodotto dal signor Giuseppe Mongiardini complimentario della ragion Morro, e che il deposito di ducati 40. si liberi in beneficio del regio erario.

» §. 32. Il venditore non è tenuto a consegnare la cosa se il compratore non ne paghi il prezzo, ed *il* venditore non gli abbia accordato dilazione al pagamento. » *Art.* 1458. *Leg. civ.*

Giustiniano col solo pagamento del prezzo della cosa venduta ammise la tradizione, conseguentemente la consegna non può in altro modo divenire obbligatoria pel venditore che ricevendo il prezzo convenuto, o una soddisfazione corrispondente a sua scelta.

» Venditae vero res et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit; veluti expromissore, aut pignore (*quod sic intelligo si placeat venditori aliud quam precium accipere alias non*) dato; quod quamquam cavetur ex lege duodecim tabularum,

tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali id effici. Sed si is qui vendidit (et *tradidit*) fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri. Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa est (*vel ab ipso domino, vel ab alio domini voluntate*) Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit a domino, isque ex his negotiis rem vendiderit, et tradiderit, faciat eam accipientis. *Institut. lib.* 2. *tit.* 1. *de rerum divisione* §. 41.

Sulla soddisfazione del prezzo che in qualunque modo possa farsi al venditore, nel senso di queste disposizioni di Giustiniano, Vinnio fa le osservazioni seguenti.

» Satisfaciendi verbum generalius est quam solvendi. Qui solvit, utique et satisfacit; et non omnis satisfactio solutio est. Satisfacit et qui non liberatur veluti si quis fidejussorem vel pignora det: solutione vero obligatio tollitur. Ait *ei satisfecerit*; nimirum venditor volenti, et fidejussorem vel pignus loco solutionis accipienti, neque enim cogitur creditor admittere satisfactionem vice solutionis *L.* 2. §. 1. *quib. mod. pign. L.* 10. *de pign. act.* non magis quam solutionem alius rei quam quae debetur *L.* 2. §. 1. *de reb. cred. L.* 16. *et seq. Cod. de solut. Vinnii Institutionum Comment. Lib.* 2. *tit.* 1. *de rer. divis* §. 41. *n.* 2.

Non ritorna a danno del compratore l'inadempimento del venditore per la consegna della cosa venduta, se questi intimato a riceversi il prezzo convenuto lo trascura: la mora dunque corre a carico del venditore, e i danni, ed interessi sono da costui dovuti. Decisione della suprema corte di giustizia de' 18 febbraro 1826.

» *Fatto* - A dì 28 novembre 1823 D. Michele Scarfoglio con privata scrittura vendette a D. Giuseppe Carrione annui ducati 1000 di rendita iscritta sul gran libro, col godimento (son parole del contratto) »» dal primo luglio del corrente anno al prezzo di ducati 83 per ogni 5 di rendita con pagamento nel seguente modo, cioè ducati 250 nella fine del venturo mese di marzo; ducati 250 nella fine del mese di aprile; ducati 250 nella fine di maggio, ducati 250 nella fine del mese di giugno dell'entrante anno 1824 (ducati 1000) Da farmi il detto signor Scarfoglio nelle sopraddette scadenze i trasferimenti contemporanei alli sopraddetti pagamenti: fatto ec. »».

» Venne il giorno del primo trasferimento, e non fu adempito. Quindi a dì 2 aprile 1824 il Carrione per atto di usciere fece correre il corrispondente protesto, cui il protestato Scarfoglio rispose di aver mandato persona a parlare.

» Indi a dì 8 aprile medesimo il Carrione fece citare lo Scarfoglio a comparire nel tribunale del commercio per farlo condannare a pagargli ducati 1381 75 per differenza di prezzo.

» Questa domanda relativamente *al deberi* fu fondata sul contratto, relativamente poi alla quantità su di un certificato di un regio agente di aver compiato la rendita di ducati 250 a ducati 108, montante il prezzo totale a ducati 5406 75.

» A dì 10 aprile 1824 il tribunale del commercio condannò in contumacia lo Scarfoglio, anche con arresto personale a pagare la detta somma di ducati 1381 75 di differenza di prezzo per la rendita di ducati 1000 di annua rendita iscritta.

» Lo Scarfoglio si rese opponenente, ma il tribunale a dì 21 giugno 1824 confermò in contraddittorio la suddetta sua prima sentenza profferita in contumacia.

» Appellò lo Scarfoglio, ma chiamato il suo patrocinatore all'udienza della gran corte civile, non comparve. Quindi a dì 26 novembre 1824 congedo.

» A questa decisione si oppose lo stesso Scarfoglio, e la gran corte civile a dì 9 marzo 1825 in contraddittorio, rivocando la sua decisione in contumacia, e la riferita sentenza del tribunale del commercio di Napoli, dichiarò risoluto il contratto in quistione, ed assolvette lo Scarfoglio dalle domande del Carrione che condannò alle spese dell'intero giudizio.

» I motivi su'quali la gran corte civile fondò tal suo giudizio vanno a ridursi ai seguenti.

» 1.° Il compratore non ha dritto di ob-

bligare il venditore alla consegna della cosa venduta, ove prima non ne abbia pagato il prezzo, o non glie ne faccia prontamente l'offerta *L.* 13. *ff. de act. empt. et vend. art.* 1457 leggi civili, art. 1210, 1211, 1212. *eod.* Il protesto vago per atto di usciere, sopra tutto perchè sfornito di offerta reale del prezzo non può supplire la mancanza del suddetto preciso dovere del compratore, quando anche dar si volesse luogo a teorie di equipollenti.

2.° Le rendite perpetue sullo stato, quali sono le iscrizizioni nel gran libro, son cose mobili (articolo 442 eod.) quando nè il compratore, nè il venditore adempiscono al contratto della vendita di cose mobili, lo scioglimento del contratto ha luogo *ipso jure*, articolo 1503 *eod.*

» Contro questa decisione il Carrione si è proveduto di ricorso per annullamento, i cui mezzi sono.

» 1.° La gran corte civile con assolvere lo Scarfoglio ha violato le *L.* 1. 2. 9. 21. *ff. de act. empt. et vend.* e 4 e 10 *cod. cod.* L'atto protestativo del dì 2 aprile 1823 e la risposta data dallo Scarfoglio fan piena pruova dell'adempimento per parte del Carrione, e della mancanza dello Scarfoglio.

» 2.° La gran corte civile ha nella specie adottate con errore le regole stabilite nelle leggi civili per l'offerta reale. Questa si richiede nel solo caso, che un debitore voglia pagare ciò, che dee, e 'l creditore si ricusi di riceverlo. Perciò falsa applicazione degli articoli 1210, e seguenti leggi civili.

» 3.° La gran corte civile ha violato l'uso costante delle compre, e vendite delle iscrizioni, i trasferimenti della rendita di queste debbono eseguirsi per mezzo de' soli agenti de'cambj. Offerta reale per mezzo di usciere non potea farsi, perchè gli uscieri non hanno alcuna ingerenza sulle officine del gran libro, per cui non era tra le attribuzioni dell'usciere versare il danaro in vista del trasferimento.

» 4.° La gran corte ha ecceduto i suoi poteri. La contestazione portata alla sua udienza riguardava la quarta parte del contratto, ed essa ha dichiarato rescisso il contratto stesso nella sua totalità. Violazione perciò del sistema organico de' tribunali.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Carmine Paduano pel ricorrente, e D. Tommaso Mazza pel convenuto; ed inteso il pub. minist., il quale ha conchiuso all'annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera pel consiglio, e faccendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso: visti gli articoli 1457 leggi civili.) La *L.* 21. *ff. de usur*, e la *L.* 37. *ff. mand.*

» La corte suprema ha considerato, che ove il venditore manchi all'obbligazione di consegnar la cosa al tempo convenuto, sia tenuto alla rifazione dei danni: articoli 1456; e 1457 leggi civili.

» Che non è dubbio aver lo Scarfoglio mancato a questa obbligazione, ed essere in mora: imperciocchè chiamato con l'atto del dì 2 aprile 1824 all'adempimento in luogo, e tempo opportuno, rispose aver mandato a parlare; e mancò all'invito. Perciò fu in mora, la quale per legge vien definita *Frustranea cessatio solutionis, vel acceptionis justo tempore faciendae L.* 21. *ff. de usur: et trast*: ec.

» Che non vale il ricorrere al seguente articolo 1458 leggi civili; poichè se è vero, che il venditore non è tenuto a consegnare la cosa, se il compratore non paghi il prezzo, è vero altresì, che 'l Carrione chiamò lo Scarfoglio a riceversi il prezzo convenuto contra il trasferimento Ed è da por mente, che tanto esigea la esecuzione del contratto, con cui erasi convenuto, che nell'epoche stabilite i trasferimenti dovessero farsi *contemporanei a' pagamenti.*

» Che dalle premesse segue, che non era questo il caso dell'offerta *reale*, poichè questa dee praticarsi nel solo caso di un debito effettivo, che 'l creditore senza giusta ragione ricusa di ricevere. Nel caso non v'era debito, se non nell'atto del trasferimento. Quindi non essendosi recato sul gran libro nel dì 5 aprile lo Scarfoglio ad eseguire il trasferimento fu sua la mora; e quindi suo esser debbe il danno. *Unicuique sua mora nocet L.* 173. §. 2. *ff. de reg. jur.*

» Che dalle premesse egualmente deriva, che sia pure errore ricorrere alla disposizio-

ne dell' articolo 1503 leggi civili poichè il compratore Carrione fu acorto in far camminare l'atto sopracitato del dì 2 aprile 1824. Oltracciò è da riflettere, che la disposizione del suddetto articolo 1603 leggi civili è relativo alle derrate, ed alle cose mobili, che son tali per loro natura; e non a que' mobili, che si reputano tali per determinazione della legge.

» Finalmente, che non è regolare la decisione in esame anche pel motivo di non esser conforme alle domande, dacchè ha giudicato sull' intero contratto, mentre la disputa era sorta per la sola prima quarta parte, e su di questa tassativamente si era pronunziato con la sentenza in prima istanza, di cui era appello. Quindi violazione della *L.* 18. *ff. comm. div.* dove rotondamente è scritto: *Ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.*

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la decisione impugnata, rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 33. Nè pure è tenuto a consegnarla, » quando anche avesse accordato una dila» zione al pagamento, se dopo la vendita » il compratore sia fallito, o sia prossimo al » fallimento, in guisa che il venditore si trovi » in pericolo imminente di perdere il prez» zo; purchè il compratore non dia cauzio» ne di pagare nel termine convenuto. *Art.* » 1459. *Leg. civ.*

D' altronde può il compratore essere astretto al pagamento se perfezionato il contratto rileva un ostacolo al dominio della cosa venduta? Gl' imperatori Diocleziano, e Massimiano rescrissero per la negativa.

» Si post perfectam venditionem ante pretium non numeratum rei venundatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclament in libertatem cum in ipso limine contractus immineat evictio; emptorem (si satis ei non offeratur) ad totius, vel residui pretii solutionem non compelli, juris auctoritate monstratur. Unde item parte pretii numerata, domus quam emisti, tibi velut pignoris jure obligatae, ne ad emptionem accederes, denunciatum ab aliquo proponas: judex tibi quae ex emptione veniunt praestari providebit. *L.* 24. *Cod. de evictionibus.*

Casus. Vendidisti mihi domum vel mancipium, pretium tamen non solvi, si aliquis dominium vendicaverit, vel mancipium ad libertatem proclamaverit, an pretium tibi numerare sim compellendus quaeritur? et dicitur quod non. Si vero partem pretii numeravi, et mihi ab aliquo denuntiatum est ne emam, judex praecipiet tibi ut satisdes, de domo me indemnem conservare domus evincatur. »

Brunnemanno risolve i casi diversi, che possono emergere da questa legge intorno all'evizione da garantirsi nelle varie circostanze dei pagamenti cui il compratore è tenuto.

» Quidam mihi vendit praedium, perfecta venditione pretii partem numeravi, sed antequam residuum pretium solvam, mihi de fundi proprietate lis movetur etiam post aliquot annos. Pendente hac lite tu agis ex empto contra me ad pretii residuam partem solvendam. Excipio, et peto, ut mihi prius caveatur de evictione; quaeritur, an recte? responde quod sic, nam quoties contractu perfecto vel in limine contractus evictionis periculum imminet, tunc antequam pretium omne solvat emptor, potest per exceptionem petere, ut venditor ob evictionem sibi satisdet, et tamdiu donec hoc fiat, potest retinere pretium vel pretii partem nondum solutam retinere per hanc legem, et *L.* 18. §. *ult. D. de peric. et com. rei vend.* etsi saltem pignore emptori lis moveatur, etiamsi conventum initio, ne de evictione venditor teneretur. Et quidem cautio evictionis in genere etiam praestanda est respectu aliorum, qui forte poterant molestias emptori creare, et quia lite mota merito etiam de aliis suspicari poterat. Sed quaeritur: si initio vel ante terminum pretii solvendi immineat evictio, et venditor sit solvendo, an teneatur cavere de evictione praestanda? Negat Afflictus *dec.* 171. quem videtur segui Dn. Mevius *p.* 4. *dec.* 157. Sed Surdus *dec.* 235. *n.* 13. dicit, ne quidem, si locupletissimus sit venditor, ipsi remittendam esse cautionem: quam sententiam nostro tempore, ubi pecuniae extorquendae ratio difficillima, praeferrem, cum emptoris intersit,

habere plures pro evictione obligatos, sed consuetudo ab eo tantum, qui possessionatus non est, cautionem exigit praetoriam vel judicialem. Quam sententiam communiter receptam post citatum Afflictum, Menoch. et Surdum a se allegatos testatur Mevius *p. 4. dec.* 157. *n.* 7. *et p.* 6. *dec.* 36. Ergo ob evictionem non est agendum, nisi 1. initio periculum evictionis immineat, aut 2. novum non praevisum periculum postea accedat, vel venditor non sit possessionatus *Mev. d. dec.* 157. Sed posset interdum deferri emptori juramentum purgationis, si quaedam praesumptio collusionis, cum evincente contra eum militet. *Brunnemanni Comm. in Cod. lib.* 8. *tit.* 45. *de evictionib. ad. L.* 24.

» §. 34. La cosa dee consegnarsi nello stato
» in cui si trova nel tempo della vendita.

» Dal giorno della vendita tutti i frutti
» spettano al compratore. *Art.* 1460. *Leg. civ.*

» La prima parte dell'articolo, osserva Maleville, indica che il venditore non può cangiare lo stato della cosa venduta, ma se per qualche avvenimento indipendente dalla sua volontà la cosa aumenta o diminuisce prima del giorno segnato per la tradizione, ciò torna in vantaggio o in danno del compratore. *Cum autem emptio*, *et venditio contracta sit*, *cum sine scriptura res agitur periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet. Inst.* §. 3. *de empt. et vend.*

» La seconda parte dell'articolo è conforme alla legge 13. *Cod. de act. empt. Fructus post perfectum jure contractum*, *emptoris spectare personam convenit*, *ad quem*, *et functionum gravamen pertinet.*

» Nel progetto erasi detto, che non riserbandosi il venditore i frutti, appartenevano questi al compratore, benchè la semina fosse fatta da un terzo, salvo il richiamo del terzo contro al venditore.

» Quest'aggiunta fu censurata dai tribunali di appello di Montpellier e di Lione, i quali dissero, che il dritto del colono era anteriore a quello del compratore. La sezione di legislazione cancellò l'aggiunta, e l'articolo fu adottato dal consiglio senza discussione. Or poichè quivi si parla di *tutti i frutti* dedur si dee, che non vi sia eccezione alcuna a favore del colono. In fatti secondo la legge 25 *de usuris. Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur. Maleville. Osservaz. all' articolo* 1614. *del cod. civ.*

Il senso unico di questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi è che la cosa venduta debb'essere consegnata con tutto ciò che ne faceva parte nel tempo della vendita, come i frutti pendenti allora dalle radici, se non sono stati eccettuati.

» Bisogna guardarsi di applicarlo agli altri casi e di prendere la prima disposizione nel senso letterale. Ci allontaneremo dai veri principj i quali sono che questa cosa debb'essere consegnata nello stato in cui essa si trova nel tempo della tradizione, quando il suo cambiamento di stato sia in meglio, sia in peggio non proviene dal fallo del venditore.

» Se questa si accresce naturalmente è in vantaggio dell'acquirente. Così ancora se deteriora è a suo detrimento.

» Se s'intendesse diversamente la regola qui stabilita, vi sarebbe antinomia coll'articolo 1245 (1198) del titolo de'contratti, ed obbligazioni. *Osservaz. all' art.* 1614. *del cod. civ.*

» §. 35. L'obbligo di consegnar la cosa
» comprende quello di consegnare i suoi ac-
» cessorj, e tutto ciò che fu destinato al per-
» petuo uso di essa. *Art.* 1461. *Leg. civ.*

Una precisa idea degli accessorj, vien data da Ulpiano.

» Si fructibus jam maturis ager distractus sit etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est. *L.* 14. §. 5. *D. de act. empti*, *et vend.*

» Aedibus distractis vel legatis, ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium, vel propter aedes habentur, ut puta putealia. *L. Id.* §. *ult.*

» **Neque enim magis de materia caesa, aut de caementis, aut de arena cavendum venditori, quam de caeteris quae sunt pretiosiora. Labeo generaliter scribit: ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt aedificii esse: quae vero ad presens non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium; verumtamen si perpetuo fuerint positae aedium sunt. Castella (*loca unde pervenit aqua*) plumbea, putealia, epistomia, fistulis applumbata, aut quae terra continentur, quamvis non sint adfixa, aedium esse**

constat. Item constat sigilla, colonas quoque, et personas (*id. imagines parvas*) e quarum rostris aqua salire solet, villae esse. Ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt. At quae parata sunt, ut imponantur non sunt aedificii. Pali qui vineae causa parati sunt ante quam collocentur fundi non sunt; sed qui exempti sunt hac mente, ut collocentur fundi sunt. *L.* 18. *Idem.*

Vedi *Accessione* §. 1. e 2.

» §. 36. Il venditore è tenuto alla tradi-
» zione della cosa in tutta la estensione che
» si è stipulata nel contratto, sotto le mo-
» dificazioni che sieguono. *Art.* 1462. *Leg. civ.*

Scevola presenta il caso se venduto un fondo e consegnato al compratore senza designarsene i confini, possa il venditore per mezzo di un giudizio essere astretto a designarli? Egli lo risolve affermativamente.

a Titius heres Sempronii fundum Septirio vendidit ita: *Fundus Sempronianus quie quid Semproniani juris fuit erit tibi emptus tot nummis*: vacuamque possessionem tradidit, neque fines ejus demonstravit. Quaeritur an empti judicio cogendus sit ex instrumentis hereditariis quid juris defunctus habuerit, et fines ostendere? Respondo: id ex ea scriptura praestandum quod sensisse intelligitur; quod si non appareat debere venditorem, et instrumenta fundi, et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonans esse. *L.* 40. *D. de act. emp. et vend.*

Casus. Vendidi fundum Sempronio. Ipse petit a me, ut sibi fundi fines ostenderem, et instrumento quae ad jus illius fundi pertinent; utrum ad hoc cogi debeam? et responde quod sic. *Vivianus.*

Cujacio esclude nel caso di questa legge ogni mezzo di frode che sia ad usarsi nella dimostrazione dei termini del fondo venduto; a quale oggetto vede ragionevole il potersi poi dimostrare la vera estenzione della cosa venduta.

a Qui heres extiterat Sempronio, fundum Sempronianum vendidit, et quicquid, ut dixit, in fundo Sempronii juris fuit. Generalis est sermo, in quo tamen nulla fraus delitescebat, quia nihil sciens reticebat, quod sciret emptoris interesset. Fines quidem fundi non demonstravit, et terminos, sed citra dolum malum. Quaeritur an post traditam fundi possessionem vacuam emptori, impletumque contractum, adhuc conveniri venditor possit actione ex empto, ut fines fundi demonstrat, ut ex instrumentis hereditariis doceat, quid juris in eo fundo defunctus Sempronius habuerit: nam in instrumentis fundorum plerumque continetur longitudo et latitudo fundorum et fines. *L. ult. sup. de pig. act. in instrumentis auctoritatum*, ut ibi legitur *in instrumentis originum. L.* 24. *Cod. de fideicom.* quae vulgo titulos appellamus. Denique hoc quaeritur: an venditor conveniri possit, ut specialiter et subtilius explanet, quod dixit generaliter, ut palam dicat quid quantumque juris in eo fundo Sempronius habuerit, et quatenus? Et Scaevola respondet, bonam fidem exigere, ut id venditor faciat *id ex ea scriptura*, inquit, quod non est ita accipiendum, ac si emptione venditione hujusmodi facta in scriptis, sed *ex ea scriptura*, idest, ex verbis quibus proposuit initio, qui Scaevolam ex scripto consulebat factam emptionem venditionem, id omne praestat venditor, quod emptor petit, nisi appareat aliud sensisse contrahentes. Quia vero dixit, ex instrumentis fundi venditorem debere ostendere emptori fines fundi, non debere etiam eum ipsa instrumenta fundi tradere emptori: inde colligitur quod et verum est, instrumenta fundi venditi authentica manere debere apud venditorem, ea tamen, si quando usus sit, etiam promenda, proferenda, exhibenda, ostendenda emptori. Imo nec ostendenda esse, Accursius tentat, opposita *L. cum servo* 63. §. *ult. sup. de contrah. empt.* ubi dicitur demonstratione facta fundi venditi confines nominare supervacuum esse. At confines ibi dicit, non fines. Et sententia haec est, satis jam demonstrato fundo vendito, ex nomine, et ex finibus: nihil attinet etiam confinea possessores nominare, ut similiter definitur *L.* 1. §. *si quis uxori de dot. praeleg.* quicquid demonstratae rei additur satis domonstratae, frustra esse. In specie autem *h. L.* satis demonstratus fundus Sempronianus non erat, quia fines ejus demonstrati non erant. Quod autem ait *d. L. cum servo* confines possessores nominare frustra esse, fundo satis demonstrato, verum quidem est, quod ad demonstrationem ipsam fundi attinet, non etiam quod pertinet ad uti-

litatem emptoris, si ejus interfuit etiam confines possessores nosse, et venditor eos dolo malo reticuerit, quos si emptor scisset, empturus fundus non erat. Nota est vox de via collecta: *aliquid mali esse propter vicinum malum*. Hoc enim casu ex reticentia placet venditorem emptori obligari quod adfines non nominavit. *Cujacii Comment. in tit.* 1. *de actionibus empti lib.* 19. *D. ad L.* 48.

» §. 37. Se la vendita di uno stabile si è
» fatta colla indicazione della estensione in
» ragione di un tanto per ogni misura, il
» venditore è obbligato a soggiacere ad una
» proporzionala diminuzione di prezzo. *Art.*
» 1463. *Leg. civ.*

Paolo divide il caso della misura di un campo rinvenuta minore di quella descritta nella vendita, dal caso di due parti di un campo rinvenuta una meno dell'altra: nel primo caso egli opina che il prezzo debba essere relativo alla misura; nel secondo opina, che il prezzo debba essere relativo alla bontà del luogo.

» Si modus agri minor invenitur pro numero jugerum (*et hoc intellige cum in singulis jugeribus certum pretium constitutum erat*) auctor obligatus est (*ad tradendum quod deest, vel ad tradendum pretium, si ultra habet*); quia ubi modus minor invenitur non potest aestimari bonitas loci qui non extat. Sed non solum si modus totius agri minor est, agi cum venditore potest, sed etiam de partibus ejus; ut puta si dictum est (*ut si in vinea decem jugera esse debeant in prato quinque, et in vinea deest: magis enim detrahitur quam si in prato deesset*) vineae tot jugera esse, vel oliveti, et minus inveniatur; ideoque his casibus pro bonitate loci fiet aestimatio. *L.* 4. §. 2. *D. de act. emp. et vend.*

Casus. Si modus. Si vendidi tibi agrum quinquaginta jugerum, et non sit nisi quadraginta, teneor ex empto. Sed quid si vendideris mihi jugera vineae et prati, et tamen in eodem fundo, et ita per partes fiat venditio, ut differat a priori casu, sed in vinea minus magis in prato; an hoc casu quia majus damnum est, si desit in vinea quam si in prato deesset, quia melior est vinea, pro bonitate loci fiet aestimatio. »

» Una distinzione necessaria su di ciò, dice il tribuno Grenier al corpo legislativo di Parigi, forma la base delle disposizioni del progetto di legge.

» O la vendita di uno stabile si è fatta colla indicazione della continenza, a ragione di tanto per misura; o la vendita riguarda solamente un corpo certo la di cui continenza è additata, senza che siasi detto che le parti abbiano inteso vendere, e comprare rispettivamente alla ragione di tanto per misura.

» Nel primo caso si è creduto giusto che fosse il venditore obbligato a rilasciare all'acquirente, se la richiedeva, la quantità additata nel contratto, e che se questo non era possibile al venditore, o che se l'acquirente non lo richiedeva, il venditore fosse obbligato a soffrire una diminuzione proporzionata di prezzo.

» Il prezzo della vendita non è fissato pel corpo intero, ma per ciascuna delle parti additate che lo compongono, e ne determinano la estenzione. L'acquirente non dee dunque pagare in ragione della quantità esatta di queste parti, e niuno errore su di questo punto è scusabile pel venditore.

(*L'altro caso, che riguarda la vendita fatta senza indicazione di continenza a ragione di tanto per misura, è riportato nel* §. 38) *Esposizione dei motivi sul cod. civ. n.* 72.

Ubero nell'esame del prezzo da diminuirsi, e da aumentarsi in ragione della minore, o maggiore quantità del fondo venduto, espone in questa ipotesi ciò che importa se il fondo sia stato venduto a corpo, o a misura.

» Frequens est quaestio: si fundus tot jugerum ita sit venditus, ut pro singulis jugeribus tot aurei solventur,[1] et minor vel major jugerum quantitas reperta sit, ad idcirco pretium augeatur, vel minuatur. Distinctio communis, et verissima est, utrum fundus ad corpus sive speciem, an ad mensuram, vel numerum jugerum sit venditus. Si ad corpus non variatur ex majore vel minore pretium; secus si ad mensuram tot jugerum: quam distinctionem ejusque auctores laudat, et illustrat Wissembach. *ad h. t. th.* 6. distinctio, inquiam, verissima, modo recte intelligatur quid sit ad corpus seu speciem vendere. Puto autem id esse quando fundus limitibus, non quantitate jugerum est circum-

scriptus. Si jugera exprimantur, vel quoties fundus ita venditus est, ut ad singula jugera pretium imponatur, secundum majorem minoremve mensuram variat pretium *L.* 40. §. 2. *h. L.* 18. §. 14. *et L.* 42. *in pr. de act. emp.* Ex quibus locis id facile constat, quoties numerus jugerum expressus est, etsi pretium non in singula jugera, sed in totum corpus agri sit conceptum, venditorem tamen ad numerum, vel id quod interest teneri praestandum. Nisi diserte aliud sit expressum etc.

» Quando autem haec est mens contrahentium, quae solet esse, ut numero expresso pretium respondeat, solent frequenter adjicere pactum ut si emptor non sit contentus ea mensura, quam venditor professus est, liceat ei intra certum tempus mittere agrimensores, quibus et venditor suum hominem hominesve adjungere solet, ut secundum quod compertum fuerit, solutio fiat. Post tempus adjectum facta mensio et renunciatio nullum habet effectum *L.* 4. *in pr. h. t.* cujus satis est notabilis distinctio. Distinguit ita Paulus: aut ita dictum est, ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur, et domino renunciet, quando modus agri minor sit: ait: aut ita pactum est: ut emptor in diebus proximis fundum metiatur, et de modo agri renunciet. Prima specie tempus est limitatum, ideoque si post triginta dies renuncietur inutilis est actus. Altero casu *to* proximis diebus nihil praescribit: potest igitur etsi multis post annis, emptor minore mensura inventa in id quod interest agere *d. L.* 4. *in pr.* ubi textus tamen leniter detergendus videtur; nec enim sensus, ut legitur, satis est idoneus. Videnda glossa et Gothofredus *ad d. L. pr.* Quaesitum memini, an viae vicinales per agros decurrentes, accedere debeant agri mensurae, item arundineta juncique palustres; de prioribus servatur, eas augere mensuram agri, ut et arundineta, quoad usque falces, quibus foenum desecatur, pertingere possunt, ita saepe judicatum, et memini in causa G. M. ante ferias O. S. 1679. *Huberi Praelect. lib.* 18. *tit.* 1. *de contrah. empt. n.* 8. *et* 9.

La corte imperiale di Liege con decisione de' 20 febbraro 1812 dichiarò, che la stipulazione di non essere il venditore garante della mancanza di misura ha effetto, ancorchè il *deficit* sia maggiore di una ventesima parte, specialmente quando si tratta di una vendita giudiziaria.

» *Decisione.* Attesochè l'appellante è stato aggiudicatario in seguito della spropriazione forzata seguita contro Fieret, e sua moglie della prateria detta *Cortil - Tilleux* per una somma di 1000 lire; che quest'aggiudicazione pronunziata a suo vantaggio dal tribunale di prima istanza di Namur nel 10 novembre 1809 non lo è stata, che colle clausole, e condizioni enunciate nel quaterno per l'atto della vendita, depositato in cancelleria quattro mesi prima;

» Attesochè nell'art. 1. del quaderno dell'atto per la vendita, erasi stabilito, che gli aggiudicatarj prenderebbero i beni da vendersi nello stato, in cui ciascun oggetto trovavasi, senza poter reclamare alcuna indennità per difetto di misura, estenzione, o altrimenti, e per qualunque causa, e ragione, che potesse mai accadere, il più, o il meno della misura indicata restando a profitto, o in pregiudizio degli aggiudicatarj.

» Attesochè nell'art. 13 dello stesso quaterno erasi soggiunto, che gli aggiudicatarj non potrebbero pretendere alcuna specie di garanzia in faccia all'attore per qualunque causa, ed oggetto, che potesse essere, previsto, o non revisto;

» Attesochè l'appellante avendo accettato formalmente queste clausole, e condizioni, ed essendovisi sottoposto rendendosi aggiudicatario, non può opporre la mancanza di estensione, per ritenere una parte del prezzo, perchè le convenzioni legalmente formate debbono aver luogo di legge per coloro, che le han fatte;

» Attesochè il detto appellante non può invocare in suo favore l'art. 1619 del codice civile, il quale stabilisce, che l'acquirente ha diritto ad una diminuzione del prezzo, quando la differenza della misura reale a quella espressa nel contratto, è di una ventesima parte almeno, giacchè questo art. non è applicabile, quando, come accade nel caso attuale, vi è stata una stipulazione in contrario, come lo stabiliscono le discussioni, che hanno avuto luogo nel consiglio di stato prima della redazione definitiva del codice civile; si ve-

de in fatti da queste discussioni, che l'art. 1619 non è stato in tal modo redatto, che per prevenire le difficoltà, che esistevano, quando in una vendita il venditore erasi contentato di enunciare, che gli oggetti venduti erano di una tale determinata estensione, o in circa, e non già per impedire al venditore di stipulare, che non sarebbe garante della estensione. Questo si scorge nelle osservazioni del signor consigliere di stato Berlier. Egli propone di sostituire la *ventesima parte*, invece della decima, di cui era fatto menzione nel progetto; egli osserva in seguito, che questa decisione non produrrà alcun nocumento alle stipulazioni proprie a liberare il venditore, che avrà venduto il fondo *tal quale si trova, o senza alcuna garantia di estensione*. Queste clausole, egli soggiugne, richiamano la vigilanza del compratore, e lo suppongono istruito, o gl'impongono una legge d'istruirsi de' dettagli.

» Attesochè se i princìpj di sopra enunciati ricevono la loro applicazione in una vendita volontaria, sono applicabili, con maggior ragione ad una vendita fatta in giudizio, che si è sempre considerata come favorevole, e che a' termini dell'art. 1684 del codice civile, non può mai rescindersi sotto pretesto di lesione;

» Attesochè l'appellante ha conosciuto, tanto dal quaderno dell'atto per la vendita, che dagli affissi, qual erano l'estensione, ed i termini del *Cortil - Tilleux*, che dee dunque imputare a se stesso di averlo comperato senza esser sicuro della sua vera estensione, dacchè questo *cortile* era esposto in vendita, colla stipulazione espressa, che l'espropriante non garantiva affatto la misura;

» Per siffatte considerazioni, la corte rigetta il motivo d'inammissibilità proposto dall'appellato; e facendo dritto nel merito, rigetta l'appello; ordina, che ciò, di cui è appello sarà eseguito secondo la sua forma, e tenore, ec.

» §. 38. Se all'opposto nel caso dell'articolo precedente la estensione si trovi maggiore di quella espressa nel contratto, il compratore ha la scelta o di corrispondere il supplimento del prezzo, o di recedere dal contratto, se l'eccesso oltrepassa la vigesima parte della estensione dichiarata nel contratto. *Art.* 1464. *Leg. civ.*

Paolo stima che il di più rinvenuto debba pagarsi dal compratore.

» Qui agrum vendebat dixit fundi jugera decem, et octo esse; et quod ejus admensum esset ad singula jugera certum pretium stipulatus fuerat (*scilicet venditor*): viginti inventa sunt, pro viginti deberi pecuniam respondit. *L.* 40. §. 3. *D. de contrah. empt.*

Casus. Qui agrum. Vendidi agrum, et dixi esse decem octo jugerum, et convenit ut certum pretium solveretur pro quolibet jugere invento per mensurationem. Dicitur quod si viginta jugera inveniantur pro viginta pretium solvatur. »

» Si osserva una differenza, dice il tribuno Grenier, tra la circostanza dell'eccesso di continenza, e quella della mancanza; ed è che nella prima può l'acquirente desistere dal contratto, mentre riguardo alla seconda questa facoltà non gli viene accordata. La ragione è questa, che quando vi è una estensione benchè menoma, si presume sempre che l'acquirente abbia voluto comprarla, ed è incontrastabile che ne ha i mezzi; poichè aveva voluto acquistarne una più grande; mentre quando vi è un eccesso di continenza, costringendo l'acquirente a pagare il supplimento del prezzo sarebbe un obbligarlo a comprare più di quello che avrebbe voluto, e che forse non potrebbe pagare. Perchè però l'acquirente desister possa dalla vendita, esser vi dee un eccesso di un vigesimo in sopra dalla continenza additata: un eccesso minore non è sembrato sufficiente per dar luogo alla risoluzione della vendita.

» Del rimanente non si perderà di vista che le parti possono, per mezzo di particolari convenzioni, le quali non sieno illecite, modificar le regole generali dalla legge prescritte.

» Quindi per limitarmi ad un esempio solo possono esservi dei corpi, in cui un compratore non si sarebbe determinato ad acquistare un oggetto, se non aveva sino alla più esatta precisione la continenza desiderata, e che il venditore gli ha additato; poichè senza di ciò questo potrebbe non servi-

re ai suoi disegni. Niente allora impedirebbe che nel caso del menomo difetto nella continenza, la vendita non potesse essere annullata; ma sarebbe necessaria una stipulazione espressa: poichè nel silenzio delle convenzioni, si presume sempre che le parti si sieno rapportate alla saviezza della legge su i proprj interessi, e su i dritti rispettivi. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 72.

Sul proporzionato supplimento del prezzo che l' acquirente è tenuto corrispondere nel senso di queste disposizioni ci fa riflettere Delvincourt che » l'articolo 1618 (1464.) nol dice formalmente; ma mi è sembrato, egli segue a dire, che risultava dal paragone di questo articolo col 1617 e 1619. In effetti ai termini dell' articolo 1617 per quanto modica sia la differenza in meno, il venditore è tenuto a soffrire una diminuzione proporzionata nel prezzo. Dunque *a pari* quando la differenza è in più debbe aver luogo un aumento proporzionale; e se l'articolo 1618 comincia da queste parole, *se al contrario*, ciò non è che siasi voluto annunziare una disposizione opposta a quel che si era detto riguardo alla differenza di prezzo; ma è relativo soltanto alla facoltà data al compratore di desistere dal contratto se la differenza è di un ventesimo; laddove il venditore non ha lo stesso diritto, qualunque sia la differenza in più o in meno. In secondo luogo si dice nell' articolo 1619: in tutti gli altri casi (il che sembra indicare una opposizione coll'articolo precedente) non si dà luogo ad alcun supplimento di prezzo per l'eccesso della misura, se non quando la differenza ecceda la vigesima parte. Il che è come se si fosse detto: allorchè la vendita è fatta a prezzo di un tanto la misura, si da luogo a supplimento, per quanto modico ne sia l'eccesso. Ma allorchè essa è fatta *uno praetio*, non ha luogo il supplimento, che quando l'eccesso supera il ventesimo. E nei due casi si permette al compratore il recedere dal contratto, perchè si può supporre ch'egli non ha calcolato un tale aumento di spese. Ma si dirà perchè nell'articolo 1618 ove le due parti possono essere di buona fede si obbliga il compratore a pagare l'intero supplimento del prezzo, nel mentre che nella rescissione per causa di lesione, in cui le presunzioni son contro il compratore, vien esso obbligato soltanto a pagare il supplimento de' nove decimi del giusto prezzo? Può assegnarsi per motivo della differenza che nell' articolo 1681 non si ha verun riguardo al prezzo fissato dalle parti nel contratto, ma solamente al valore reale della cosa, come ha dovuto essere determinato dai periti; e si è supposto che se il venditore avesse voluto aver questo prezzo reale in totalità, il compratore avrebbe potuto non comprare. Ma qui seguesi il prezzo del contratto, come lo hanno stabilito le parti medesime; e si può dire al compratore; se avete pagato 8000, franchi un terreno indicato della estensione di ottanta jugeri, non è ingiusto farvelo pagare 8500, se n'è la sua estensione di ottantacinque. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 8. *nota* 54. *al tit.* 2.

» §. 39. In tutti gli altri casi, sia che la » vendita riguardi un corpo certo e circo- » scritto, sia che riguardi fondi distinti e » separati, sia che incominci dalla misura, » o pure dalla indicazione del corpo vendu- » to seguita dalla misura, la espressione di » tal misura non dà luogo ad alcun suppli- » mento di prezzo in favore del venditore » per l' eccesso della misura, nè ad alcuna » diminuzione di prezzo in favore del com- » pratore, se la misura sia minore, se non » quando la differenza della misura reale in » confronto di quella indicata nel contratto » ecceda la vigesima parte di più, o di » meno del valore intero delle cose vendu- » te; purchè non vi sia stipulazione in con- » trario. *Art.* 1465. *Leg. civ.*

Possono aggiungersi a questo articolo due osservazioni: 1. Se il compratore venga ingannato sulla qualità del fondo ha dritto all' interesse? riteniamo per l'affermativa l'autorità di Giuliano.

» Si in qualitate fundi venditor mentitus sit, non in modo ejus, tenetur tamen emptori. Pone enim dixisse eum quinquaginta jugera esse vineae et quinquaginta prati, et in vinea minus, in prato plus inveniri; esse tamen omnia centum jugera. *L.* 23. *D. de act. empt.*

2. Se nella vendita di un fondo per accrescimento si dichiari dal venditore esservi

dei grandi vasi che non vi sono, risulta dal responso di Alfeno, che questi vasi sono dovuti al compratore.

» Si quis cum fundum venderet, dolia centum, quae in fundo esse adfirmabat, accessura dixisset; quamvis ibi nullum dolium fuisset, tamen dolia emptori debebit. *L.* 27. *D. de act. empti*, *et vend.*

Casus. Vendidi tibi fundum, et dixi: dimitto tibi dolia centum, quae sunt in eodem fundo, et tamen nulla dolia ibi sunt, quaeritur, an debeam tibi centum dolia? dicitur quod sic. *Vivianus.*

Osserva inoltre il tribuno Greuier su le disposizioni di questo articolo che

» La intenzione delle parti ha riguardato piuttosto l'oggetto venduto che ciascuna porzione in particolare. La continenza intanto ha dovuto determinare il prezzo; vi è però fondato motivo a pensare che un'errore poco interessante non ha potuto avere influenza su la fissazione di questo prezzo; e nel determinare il risultato dell'errore al di sopra di un vigesimo più o meno, si è deciso colla giurisprudenza della maggior parte dei tribunali di Francia, e si è fatto uso di una autorità senza dubbio rispettabile, cioè la disposizione dell'articolo 10 del tit. 15 della ordinanza delle acque e foreste del 1669.

» È d'uopo ancora osservare l'attenzione del legislatore sul modo di determinare l'aumento o la diminuzione. Se vi fossero più fondi venduti con le indicazioni particolari delle continenze, e vi fosse stato un errore nella continenza additata riguardo ad uno dei fondi, allora la determinazione, e la estimazione dell'errore dovrebbe farsi su due basi che converrebbe combinare. Una sarebbe la mancanza o l'eccesso della continenza, l'altro sarebbe la porzione del prezzo che converrebbe assegnare al fondo su la continenza del quale vi sarebbe l'errore rispettivamente al valore totale degli oggetti compresi nella vendita.

» Se in fatti due fondi della stessa estensione fossero venduti per un prezzo solo, e che quello sulla continenza del quale vi fosse un eccesso o la mancanza di un vigesimo, dovesse relativamente alla inferiorità della qualità del terreno, non soffrire che un quarto del prezzo della vendita, allora il risultato dell'errore non sarebbe secondo la tssa richiesta dalla legge, perchè vi fosse luogo a reclami. In questo caso fa mestieri che l'errore su la continenza sia tale che produca un errore nella proporzione stessa sul valore. Questo è quello che dice il progetto di legge, benchè laconicsmente coi termini del nostro articolo. *Esposiz. su i motivi del cod. civ. n.* 72.

» Nella pratica distinguevasi il caso, dice poi Maleville, in cui la vendita cominciava dall'indicare il corpo della cosa, ed il caso in cui cominciava dell'accennarne la quantità.

» Nel primo caso, se io vi vendeva a modo di esempio un fondo di tante pertiche, io non era obbligato di garantirvi espressamente questa misura, sopra tutto se nel contratto si legga, come quasi sempre, queste parole: *di tante pertiche, o all'incirca.* Non vi dovea però essere un troppo notabile divario. I tribunali poi non erano di accordo sul significato della parola *all'incirca.* Volevano gli uni, che la differenza fosse di un decimo. Appagavansi gli altri di un ventesimo. Questi di un trentesimo. Ma nel secondo caso, cioè quando io vendeva tante pertiche di fondo, avea precisamente l'obbligo di dare la misura promesss.

» Nel caso inoltre in cui la vendita cominciasse dal parlare del corpo della cosa, si distingueva altresì il venditore dal compratore, e sebene il fondo venduto fosse di una estensione maggiore di quella che comportasse il significato del vocabolo *all'incirca*; nulladimeno non avea dritto il venditore nè di ritenere per se la porzione eccedente, nè di chiedere un supplimento di prezzo, perchè si supponeva ch'egli non avesse ignorata la estensione de' suoi fondi. *In venditore super annua pensitatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutam nihil commemoratum est: deceptus ob eam rem, ex empto habet actionem; itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur. L.* 42. *D. de actionib. empti, et venditi.*

» L'articolo nostro ha troncate queste difficoltà. Di primo lancio si pensò a determinare la quantità che verrebbe tollerata. Il progetto diceva un decimo nel caso in cui la

vendita non fosse fatta a misura. Altri allegarono Henris e Bouxjon, che favellavano di un trentesimo. Si prese per norma l'ordinanza delle acque, e strade, e si stabilì un ventesimo.

» Ma egli è alla differenza della estenzione, o a quella del prezzo, cui si dee aver riguardo? Fu detto che una vendita poteva comprendere de' fondi di un valore disuguale, che alcune pertiche più o meno di cattivi fondi, quando ve ne fossero degli altri di buona qualità, non dovevano determinare il voto del giudice. Si statuì adunque che si avesse a por mente al valore de' fondi ch' eccedessero o mancassero relativamente alla totalità delle cose vendute. *Malcville. Osservaz. all' art.* 1619. *del cod. civ.*

Eseguita la vendita di un fondo per un sol prezzo, la diversità del più e del meno tra la quantità effettiva del fondo stesso, e la quantità espressa nel conatrtto, esclude, nel senso dell' articolo in esame, ogni supplimento di prezzo a favore del venditore, come esclude ogni diminuzione della estensione del fondo a favore del compratore. Tutto ciò incontra tuttavolta una eccezione nel solo caso che tale diversità ecceda la vigesima parte più o meno della cosa venduta.

» Vale a dire, soggiunge Delvincourt, che la differenza di un ventesimo nella misura non dà luogo ad aumento nè a diminuzione, se riguardo al valore dell'oggetto particolare su cui cade la differenza non ne risulta quella di un ventesimo nell'intero prezzo. Ciò può riferirsi al caso in cui sono stati venduti più fondi distinti e separati, come a quello in cui è stato venduto un sol fondo composto di terre di specie differenti.

» *Esempio del primo caso.* Io vi vendo due poderi dichiarati ciascuno di cento jugeri, pel prezzo di quarantamila franchi entrambi. Mancano otto jugeri sull' uno: il che non è la ventesima parte, poichè otto non è il ventesimo di dugento. Ma se noi supponiamo che l' uno di questi due poderi vale trecento franchi il jugero, e l'altro non ne vale che cento, e che gli otto jugeri manchino sul primo, ne risulterà una differenza di 2400 franchi, il che farà più della ventesima parte dell'intero prezzo, e per conseguenza vi sarà luogo ad una diminuzione.

» *Esempio del secondo caso.* Ho venduto un fondo composto di cento jugeri di terre seminatorie e di venti jugeri di vigneto, per l'unico prezzo di 50000 franchi. Il jugero delle terre vale trecento franchi e quello del vigneto mille franchi. Mancano tre jugeri di questo: ciò non forma il ventesimo della intera estensione; ma siccome questi tre jugeri valgono tremila franchi, il che eccede il ventesimo del prezzo totale, deve aver luogo la diminuzione.

» Osservate che potrebbe applicarsi l' articolo anche nel caso in cui si trovasse l' intera estensione contrassegnata nel contratto presa sulla totalità degli oggetti venduti, ma colla differenza in più o in meno su diversi oggetti in particolare.

» *Esempio.* Io vendo un fondo dichiarato di cento venti jugeri, di cui cento aratorii e venti di vigneto pel prezzo di cinquanta mila franchi: il terreno aratorio vale trecento franchi il jugero; ed il vigneto mille franchi; si trovano cento cinque jugeri di quello, e quindici di questo. Il totale eguaglia la estensione indicata nel contratto; ma siccome i cento cinque jugeri fanno la somma di 31500 franchi ed i quindici quella di 15000 in tutto 46500 il che porta una differenza di 3400 franchi evvi luogo a diminuzione. (*V. la legge* 42. *D. de actio empt.*) *Delvincourt. Corso di codice civile Vol.* 8. *nota* 56. *al tit.* 2.

» L' articolo 1619 (1465) prosiegue il medesimo giureconsulto, dice: *in tutti gli altri casi ec.* Or siccome non si era parlato sino allora che del caso in cui il prezzo fu stabilito ad un tanto la misura, così colle cennate parole il legislatore annunzia ch' egli vuol parlare de' casi in cui il contratto è stato fatto in massa, e con un solo prezzo. *Ibidem. nota* 59.

D' altronde su la misura espressa prima d'indicare la cosa, lo stesso giureconsulto presenta l' esempio seguente. » Io vi vendo dieci jugeri di prato che tengo nel tal sito: » o viceversa: » Io vi vendo il tale prato della estensione di trenta jugeri: » È d'uopo osservare per altro in quest' ultimo caso che se la cosa è stata venduta con indicazione di limiti, ed il compratore abbia sofferto l'evi-

zione per una parte di quello che fra essi è compenso, ha luogo l'azione di garantia, ancorchè quello che resterebbe eguagliasse il numero di jugeri espressi nel contratto di vendita *L. 45 de evict*. In effetti può e dee supporsi in questo caso che sia il tale terreno che il compratore ebbe intenzione di acquistare, qualunque fosse il numero de' jugeri di cui era composto. Nè osta ciò che si dice nell'articolo 1619. (1465.) che la disposizione ivi contenuta debb'applicarsi al caso della vendita di un corpo certo e circoscritto; mentre ciò dee intendersi nel senso che se il fondo ha i limiti indicati nel contratto, si applicherà la disposizione del detto articolo, quando anche la misura enunciata non fosse la stessa che quella la quale fu espressa. Ma non si tratta ivi del caso in cui, come nell'esempio proposto, i limiti sono cambiati per effetto della diminuzione pel comprensorio. *Ibidem. Nota* 60.

Finalmente lo stesso Delvincourt su le parole *purchè non vi sia stipulazione in contrario* dice potersi stipulare, che per quanto modica sia la differenza, vi sarà luogo, sia a diminuzione o aumento del prezzo, sia a scioglimento del contratto; come altresì può convenirsi che per quanto considerabile sia la differenza non si farà aumento nè diminuzione nel prezzo. Se però l'eccesso fosse tale che si avesse una differenza di più de' sette dodicesimi tra il prezzo reale e quello scritto nel contratto, vi sarebbe luogo a rescissione per causa di lesione.

» Finalmente possono del pari le parti, enunciando una estensione stipulare che si conteggerà il più o il meno a tanto a misura, dietro l'agrimensura che ne sarà fatta. In questo caso la differenza che può trovarsi, qualunque siasi, dà luogo ad un supplimento, ovvero ad una diminuzione di prezzo; ed in nessun caso il compratore può domandare lo scioglimento del contratto. *Ibidem. Nota* 57.

» §. 40. Nel caso in cui, secondo il precedente articolo, vi sia luogo ad accrescimento di prezzo per eccesso di misura, » il compratore ha la scelta o di recedere » dal contratto, o di supplire il prezzo, ed » anche gl'interessi, se abbia ritenuto il fon» do. *Art.* 1466. *Leg. civ.*

» Si noti, dice Malcville, che il compratore non può recedere dal contratto se non se nel caso in cui vi sia eccedenza di misura di un ventesimo, sia stata fatta la vendita a corpo o a misura. Se vi è mancanza dovrebbe mantenere il contratto, perchè allora non avrebbe che a pagar meno.

» Ciò non ostante il signor Grenier nel riferire le cose contenute in questo titolo al Tribunato osservò che poteva accadere il caso, che la menoma mancanza fosse un motivo legittimo per disciogliere la vendita. Fingiamo ad esempio, che io abbia comprato un terreno per costruire una casa. Il mio disegno richiedeva una tale estensione di suolo, e di tale estensione di luogo ho pur io convenuto col venditore. Ella trovasi mancante. Sarò io obbligato a mantenere il patto della compra, e a soffrire che rimanga imperfetto il mio disegno? Sembra di no: ma fa d'uopo che io mi sia riserbata la facoltà di recedere dal contratto, quando non riceva la promessa estensione, siccome dicesi nel fine dell'articolo 1619 (1465.) Altrimenti i giudici non potrebbero violare la regola generale ch'è compresa nel presente articolo. *Malceville. Osservaz. all'art.* 1620. *del cod. civ.*

» §. 41. In tutti i casi ne quali il com» pratore ha dritto di recedere dal contrat» to, il venditore è tenuto a restituirgli ol» tre il prezzo, se lo abbia ricevuto, anche » le spese del contratto. *Art.* 1467. *Leg. civ.*

La dottrina è dettata da Ulpiano.

» Debet autem (*scilicet emptor a venditore*) recipere pecuniam quam dedit pro eo homine, vel si quid accessionis nomine. Dari autem non id solum accipiemus quod numeratur venditori, ut puta pretium, et usuras ejus; sed et si quid emptionis causa erogatum est (*mediatoribus scilicet forte*; *quia dixit ita venditor, non vendam tibi, nisi per talem hominem: tu ei da de tuo, et ipse nos conveniet*). Hoc autem ita demum deducitur, si ex voluntate venditoris datur; ceterum si quid sua sponte datum esse proponatur, non imputabitur; Neque enim debet quod quis suo arbitrio dedit a venditore exigere. Quid ergo

si forte vertigalis nomine datum est quod emptorem forte sequeretur? dicemus hoc quoque restituendum: indemnis enim emptor discedere debet. *L. 27. D. de aedilitio edicto.*

Casus. Ago redhibitoria pro servo: debeo rehabere pretium et usuras quas dedi; et quod dedi mediatoribus ex voluntate venditoris, non alias. Item quod solvi nomine vectigalis, seu tributi pro servo. *Vivianus.*

Brunnemanno espone che oltre la restituzione del prezzo cui il venditore è tenuto recedendo del contratto, questi dee benanche indennizzare il compratore di quanto abbia speso per di lui disposizione, ed anche dei pesi fiscali che avesse soddisfatti.

» Quando emptor recedere vult a contractu, tunc restituere illi venditor debet pretium, cum iis quae solvit emptor ex voluntate venditoris, v. gr. quae ex conventione mediatoribus solvit. Sed quid si gabellam vel vectigal solverit pro contractu, an soluto eo per aedilitiam, etiam a venditore haec gabella restituenda? ubi nota tria 1. emptorem quando potest recedere a contractu, non tamen potest accipere ea quae sponte solvit, ad ea non obligatus: 2. gabellas quae ob contractum praestari solent, regulariter incumbere emptori: 3. si partes recedant a contractu, non tamen fiscum reddere teneri gabellam; nam juri alieno ex actu inter certas personas principaliter gesto, per legis aut statuti dispositionem quaesito non possunt principales contrahentes revocando praejudicare. *Brunnemanni Com. in Pand. ad L. 27. de aedilitio edicto.*

D' altronde i casi, dei quali sembra, che il nostro articolo imprende l' esame, più precisamente possono esser quelli contenuti negli articoli 1464, e 1466 (*V.* §. 38. *e* 40), e quelli che possono essere l'oggetto di particolari convenzioni tra le parti contraenti.

» §. 42. L' azione pel supplimento del
» prezzo che compete al venditore, e quel-
» la per la diminuzione del prezzo, o pel
» recesso del contratto che compete al com-
» pratore, debbono proporsi entro un anno
» da computarsi dal giorno del contratto,
» sotto pena della perdita delle loro ragioni.
» (*Art.* 1468. *Leg. civ.*

Principalmente è da riflettersi che le disposizioni di questo articolo riguardano la vendita de' beni fondi, e non mai quella de' mobili. Ragione ne porge non solo il periodo dell' anno concesso in sperimentarsi l' azione pel supplimento del prezzo, ma benanche la sanzione contenuta negli articoli 1465, e 1466 ai quali l' articolo presente si riferisce.

In secondo luogo osserva il tribuno Faure, che » fra lo spazio di un anno dee intendersi l' azione relativa all' eccesso o alla mancanza di misura. Dopo questa dilazione, la legge decreta di essersi decaduto dal dritto. L' oggetto di questa limitazione è di non prolungare le inquietudini su de' punti la di cui verifica è ben facile: il suo oggetto soprattutto è di non rendere le proprietà per lungo tempo incerte. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 71.

Su la parte penale apposta in questo articolo fa poi riflettere Delvincourt » che la risoluzione non debb' esser chiesta dentro l' anno se non quando è poggiata sulla mancanza di estensione; giacchè se per l'opposto siavi eccesso, il compratore non sarà obbligato a domandare lo scioglimento in via di azione; mentre aspettando che il venditore formi la sua domanda pel supplimento di prezzo, domanderà egli allora lo scioglimento in via di eccezione. Ora *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.* Non vi ha dubbio che il venditore è tenuto a far la domanda nel corso dell' anno; ma può presentarla anche nell' ultimo giorno, ed è importante pel compratore di poter ancora domandare lo scioglimento. Egli ha potuto non farlo, sino a che ha sperato che il venditore non chiederebbe il supplimento. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 8. *nota* 62. *al tit.* 2.

Dalla corte di cassazione di Parigi a 3 novembre 1812 si decise, che l'azione per supplimento di prezzo per parte dell' amministrazione delle foreste sul dippiù che avanza la misura ne' tagli de' boschi da essa venduti, non è sottoposta alla prescrizione annuale.

» *Fatto.* L'amministrazione della registratura e de' demanj ha spedito una coazione contro Matteo Theysson affin di ottenere il pagamento di una somma di 282 franchi, e 32 centesimi per ciò che sopravanza la mi-

sura di un taglio di bosco al medesimo aggiudicato nella foresta imperiale Breisistres per lo prezzo di 240 franchi.

» Theysson si oppose a questa coazione, e sostenne, che il taglio che gli era stato aggiudicato, lo era stato a corpo, e non a misura; che in conseguenza non era il caso di domandargli un prezzo, per ciò che sopravvanza la misura; che d'altronde l'amministrazione non era ammisibile nella sua dimanda, essendo incorsa nella perdita della sua azione ai termini dell'articolo 1622 del cod. civile.

» L'amministrazione sostenne per parte sua, che l'articolo 1622 del cod. civ. era inapplicabile alla specie, attesochè nè l'ordinanza delle acque, e foreste del 1669 facendo la regola tra le parti, nè il quaderno dell'atto della vendita contenevano disposizioni di perdita di dritto, e che quantunque il taglio del bosco fosse stato aggiudicato a corpo, subitochè vi era eccesso nella misura secondo i processi verbali dei segni impressi sugli alberi, e di rimisurazione, essa era fondata a dimandare il pagamento del prezzo dell'eccesso sulla misura, ai termini dell'art. 8 del tit. 16 dell'ordinanza delle acque, e foreste, e dell'art. 78 del quaderno dell'atto per la vendita.

» Il tribunale di prima istanza di Deux-Ponts rigettò la dimanda dell'amministrazione per coazione, sul motivo, che il taglio del bosco in quistione era stato aggiudicato a Theysson a corpo, e ch'essa era incorsa nella perdita dei dritti ai termini dell'art. 1622 del cod. civ.

» Falsa applicazione di questo articolo, che non ha alcun riguardo colla specie, di cui la decisione testuale era nell'ordinanza del 1669, e nel quaderno dell'atto della vendita, che in conseguenza sono stati violati con questa sentenza.

» *Decisione* - Veduto l'art. 8 del tit. 16 dell'ordinanza delle acque e foreste del 1669, e l'art. 76 del quaderno dell'atto della vendita dell'anno 14.

» Ed attesochè risulta dal processo verbale di rimisura del 26 marzo 1807, che il taglio di bosco aggiudicato a Theysson a due ettari, trentadue ari, cinquantasei centieri, secondo altro processo verbale de' 6 messidoro anno 13, ed il numero 58 dell'affisso, si è ritrovato di contenere quattro ettari, ed ottanta ari; che quindi vi è un'eccesso di misura, che supera la metà, per la quale l'amministrazione è stata autorizzata a spedire una coazione contro il suddetto Theysson per lo pagamento di una somma di 281 franchi, e 32 centesimi, somma, al pagamento della quale essa ha conchiuso innanzi al tribunale di prima istanza di Deux-Ponts; che ciò non ostante questo tribunale ha rigettato una tal dimanda per lo motivo, che la medesima avea aggiudicato a corpo questo taglio di bosco a Theysson, e ch'era incorso nella perdita de'suoi dritti ai termini dell'articolo 1622 del cod. civ.; che in tal modo giudicando questo tribunale ha fatto una falsa applicazione dell'art. suddetto, il quale non può aver riguardo agli affari regolati dalla ordinanza delle acque, e foreste del 1669, ed ha contravvenuto all'art. 8 della suddetta ordinanza, ed all'art. 76 del quaderno dell'atto della vendita qui sopra citati.

» La corte dà atto di contumacia contro Theysson, e per lo profitto cassa, ed annulla la sentenza emessa nel 27 luglio 1809 dal tribunale di prima istanza di Deux-Ponts.

» §. 43. Se si siano venduti due fondi
» collo stesso contratto, e per un solo, e
» medesimo prezzo, colla indicazione della
» misura di ciascuno di essi, e si trovi che
» la estensione sia minore nell'uno, e mag-
» giore nell'altro, se ne fa la compensazio-
» ne sino alla debita concorrenza; e l'azio-
» ne tanto pel supplimento, che per la di-
» minuzione del prezzo, non ha luogo se
» non in conformità delle regole sopra sta-
» bilite. *Art.* 1469. *Leg. civ.*

Paolo nella suggetta specie distingue l'ignoranza dall'inganno in cui può trovarsi il venditore in questo contratto: nel primo caso ammette la compensazione; nel secondo caso ammette la compensazione, e la riparazione dal danno prodotto al compratore.

» Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronunciaverit, et ita utrumque uno pretio tradiderit, et alteri aliquid desiit quamvis in altero exuperat (forte

si dixerit, unum centum jugera, alterum ducenta habere) non proderit ei quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint; et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit? potest dubitari: utique si exiguus modus sylvae desiit, et plus in vineis habeat quam repromissum est, an non faciat dolo qui jure perpetuo (*scilicet actione ex empto quae perpetua est*) utitur? Nec enim id quod amplius io modo agri invenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet: et tunc tenetur venditor, cum minor modus invenitur. Videamus tamen ne nulla querela sit emptoris in eodem fundo, si plus ioveniat in vinea quam in prato, cum universus modus constat. Similis quaestio esse potest ei quae in duobus fuodis agitata est; et si quis duos statuliberos uno pretio vendat, et dicat: unum decem dare jussum qui quindecim dare debebat; non et hic tenebitur ex empto actione; quamvis emptor a duobus viginti accepturus sit: sed rectius est in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari; et si quid deest emptori sive pro modo, sive pro qualitate loci hoc ei resarciri. *L.* 43. *D. de act. emp. et vend.*

Ecco poi più precisamente il caso di questo articolo espresso dal tribuno Faure in nome della sezione di legislazione di Parigi.

» Può accadere, ci dice, che due fondi sieno stati venduti unitamente con espressione della misura di ciascuno: se la misura reale dell'uno ecceda quella enunciata nel contratto, e la misura reale dell'altro sia al contrario minore, si calcola l'eccesso e la mancanza, se ne fa una esatta diminuzione sino alla concorrenza del loro rispettivo valore: fatta la compensazione, quello che eccede o manca serve a regolare in qual modo e sino a quel punto esser debba applicata la disposizione che ho analizzata. È cosa essenziale di osservare non essere sufficiente, per dar luogo alla compensazione, che i due fondi s'eno stati venduti col medesimo contratto; è necessario eziandio che lo sieno stati per un prezzo solo. Questa circostanza fa supporre che nello stabilimento del prezzo, non si sieno considerati i fondi separatamente uno dall'altro, che si sono considerati come se fossero uniti in guisa da non formarne che uno. L'equità vuole, dietro la presunta intenzione de' contraenti, che la stessa regola sia eseguita quante volte il venditore ed il compratore pretendano che la continenza reale di uno dei fondi sia differente da quella espressa dal contratto. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 71.

In riguardo *all'azione tanto pel supplimento* di cui fa parola il nostro articolo osserva quindi Maleville, che ciò importa doversi fare la compensazione de' valori, e non già quella di misura, e che fatta questa compensazione non si ha riguardo alla eccedenza o alla mancanza, se non in quanto il divario sia di un ventesimo, purchè però la vendita non sia stata fatta a tanto per ogni misura. *Maleville. Osservaz. all'art.* 1623. *del cod. civ.*

D'altronde la compensazione dee regolarsi nel modo come viene determinato dall'articolo 1465. Vedi il §. 39.

» §. 44. La questione se la perdita o la » deteriorazione della cosa venduta, prima » di consegnarsi, debba andare a carico del » venditore o del compratore, sarà giudica- » ta a norma delle regole prescritte nel ti- » tolo de' contratti, o delle obbligazioni con- » venzionali in generale. *Art.* 1470. *Leg. civ.*

Vedi *Obbligazione* §. 3. 4. e 6. e vedi le dottrine di Pothier. nel §. 4.

Della garentia.

» §. 45. La garentia che il venditore dee » al compratore ha due oggetti: il primo è » il pacifico possesso della cosa venduta: il » secondo riguarda i difetti occulti di essa, » o i vizj che dan luogo all'azione redibi- » toria. *Art.* 1471. *Leg. civ.*

Due conseguenze discendono da questo articolo: la prima è che il compratore non possedendo tranquillamente la cosa comprata, chiama in garanzia il venditore per goderne libero il possesso. Così Ulpiano.

» Sed ad exhibendum agi posse, nihilominus et ex vendito (*sic ergo ex vendito agitur ad id quod in venditione non venit*) puto. *L.* 30. *D. de contrahenda empt.*

La seconda conseguenza è che il compratore trovando un difetto nella cosa comprata può rescindere il contratto. Così lo stesso Ulpiano.

» Redhibitionem quoque contineri (*ut ex empto agatur ad redhibendum*, *idest ad resolvendum contractum*) empti judicio, Labeo, et Sabinus putant, et nos probamus. Animalium quoque venditor cavere debet ea sana praestari. Et qui jumenta vendit, solet ita promittere, esse (*idest edere seu comedere*) bibere, ut oportet. *L.* 11. §. 3. *D. de act. empt. et vend.*

Cujacio esamina l'azione che in virtù di questa legge compete nel soggetto caso.

» Sequitur actioni ex empto etiam inesse redhibitionem rei venditae, quoties redhibitioni locus est, veluti ob morbum, vitiumve rei venditae, quod reticuit venditor quodve latebat. Concurrit enim cum actione aedilitia, quae redhibitoria dicitur, civilis actio ex empto *L. cum mancipuim.* 51. *de aedil. ed.* Et liberum igitur est, de redhibitione agere, vel civili actione, idest, ex empto, vel aedilitia. Civilis est perpetua: aedilitia temporaria. Hunc vero concursum minor Accursium non probare, qui est sane certissimus. Id etiam inest hujus judicii potestate, ut jumentorum venditor caveat emptori *ea sana praestari*, *et esse*, *bibere*, *ut oportet*. Quod etiam hic proponitur in §. *animalium*, ut in venditione ovium vel caprarum apud Varronem 2. *de re rustica*. *Illasce oves vel capras hodie sanas recte esse et bibere posse*: qua de re eodem Varrone auctore, lanii emptores sibi caveri frustra desiderant, quia *ad cultrum* inquit, *jumenta emunt*, *ut mox ea jugulent*. Idem etiam frustra desiderarent, *quia ea*, ut ait, *ad altaria emunt*. *Cujacii Comment. in tit.* 1. *de actionib. empti lib.* 19. *D. ad L.* 11. §. 3.

Vedi il §. 63.

Della garentia in caso di evizione.

» §. 46. Quantunque nel contratto di vendita non siasi stipulata la garentia, il venditore è tenuto per legge a garantire il compratore dalla evizione che soffre di tutte, o di parte delle cose vendute, o da pesi che si pretendono sopra le medesime, e che non furono manifestati nell' atto della vendita. *Art.* 1472. *Leg. civ.*

Anche l'imperatore Alessandro rescrisse che per la natura del contratto il venditore è tenuto di evizione, quantunque risulti che non se ne sia espressamente obbligato.

» Non dubitatur et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem. *L.* 6. *Cod. de evictionibus.*

Casus. Licet venditor de evictione non promisit specialiter, re tamen evicta tenebitur de evictione actione ex empto. *Vivianus.*

» L'obbligazione del venditore, dice Pothier, non è intieramente consumata colla tradizione ch' ei ha fatta della cosa venduta: dopo tale tradizione rimane egli ancora obbligato a difendere e garentire il compratore da tutte le evizioni relative alla detta cosa: questa obbligazione chiamasi obbligazione di garentia.

» Ciò risulta da questa massima di Pomnella legge 3., *ff. de act. empt. Datio possessionis quae a venditore fieri debet talis est*, *ut si quis eam possessionem jure avocaverit*, *tradita possessio non intelligatur.*

» Evincere propriamente è togliere qualche cosa ad alcuno in virtù di una sentenza: *evincere est aliquid vicendo auferre. Evizione* è l'abbandono di una cosa che si obbliga ad alcuno di fare in virtù di una sentenza che ve lo condanna. Questo nome di *evizione* si applica nella pratica anche alla sentenza che ordina questo abbandono, ed anche alla dimanda che si promove per farlo ordinare; quindi le dimande in rivendicazione o in azione ipotecaria promosse contro di alcuno, nel linguaggio del foro sono chiamate *evizioni.*

» È in questo senso che dicesi essere il venditore obbligato a difendere e garentire il compratore *da ogni evizione* rispetto alla cosa venduta; vale a dire che è obbligato a difenderlo da tutte le domande, tanto in rivendicazione, quanto in azione ipotecaria, o altre che potrebbero esser promosse contro di esso da qualsivoglia persona per fargli rilasciare la cosa venduta, o di garentirlo da tutte le condanne che potessero esser proferite contro di

lui dietro le dette domande; e che nel caso in cui il venditore non potesse impedire che il compratore non fosse costretto a cedere la cosa venduta, debba quegli esser tenuto al risarcimento de' danni ed interessi del compratore.

» Si chiama *evizione* non solo la sentenza che condanna a cedere una cosa puramente e semplicemente, ma quella che condanna a cederla, o a pagare, o ad obbligarsi a qualche cosa. Perciò se il compratore di un fondo, condannato su di una azione ipotecaria paga le cause della ipoteca per evitare la cessione del fondo, che vale altrettanto o più del credito dell'attore, detto compratore in questo caso si considera soffrire l'*evizione* della cosa vendutagli, ch'ei non può conservare se non pagando una somma di danaro; ed il venditore è tenuto a garentirlo da questa *evizione*, rimborsandolo di ciò che per tal ragione ha speso.

» Si chiama altresì *evizione*, non solo la sentenza con cui il compratore è condannato ad abbandonare ad un terzo la cosa venduta, ma anche quella che avesse dichiarata illegittima la sua domanda in causa di rivendicazione da esso promossa contro di un terzo che si trovasse possederla.

» La legge 16., §. 1. *ff. de evict.* comprende tutte queste specie di evizioni, quando ella dice; *Duplex stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est (emptor) litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.*

» Quantunque la parola evizione non convenga propriamente se non al caso in cui il compratore venga spogliato in virtù di una sentenza della cosa che gli è stata venduta, non ostante si comprendono sotto questa parola, quantunque in un senso meno proprio, i casi nei quali il compratore viene impedito, benchè senza sentenza, di poter ritenere la cosa in virtù della vendita che gli è stata fatta; e questi casi possono egualmente dar luogo alla garentia, come noi lo esporremo nel seguente articolo.

Quali evizioni diano luogo alla garentia.

§. I.

» *Prima massima.* Il venditore è responsabile delle evizioni di cui esisteva una causa o almeno un seme al tempo della vendita, sia che esse derivino sia che non derivino dal fatto del venditore.

» Per es. quando alcuno ha venduta una cosa che non gli apparteneva, o che era ipotecata, sia a'suoi debiti sia a quelli di altri, o che era affetta a qualunque siasi diritto, sia aperto sia non ancora aperto, pel quale competesse o dovesse competere un giorno ad alcuno l'azione per farsela cedere; in tutti questi casi il venditore deve rispondere delle evizioni che potessero accadere, sia dalla parte del proprietario sia da quella dei creditori ipotecarj, o di coloro che al tempo del contratto avevano un diritto aperto, o tuttavia informe per farsi ceder la cosa; conciossiachè in tutti questi casi la causa da cui procede l'evizione esisteva al tempo del contratto.

» Ha luogo però una eccezione al nostro principio rispetto alle evizioni le quali non hanno sortito il loro effetto. E perciò se io sono stato condannato da una sentenza in favore di un terzo a cedergli il podere che voi mi avevate venduto, l'evizione risultante da questa sentenza non darà luogo ad alcuna garentia contro di voi, se nessuno avendo chiesto la esecuzione di detta sentenza, io sia sempre rimasto in possesso del podere; *puta*, perchè avendo cessato di vivere poco tempo dopo in uno stato d'insolvibilità quegli a di cui profitto era stata proferita la sentenza, nessuno si è imbarazzato a promovere i diritti appartenenti alla sua eredità. Questo è il caso della legge 57, *ff. de evict.*

» Il nostro principio soggiace ad un'altra eccezione, quando l'evizione fosse un'evizione di cui il compratore era obbligato egli medesimo a difendere il venditore. *Finge*, dopo aver comperato da Pietro un podere, io ve l'ho venduto; voi siete stato obbligato di cederlo a Giacomo cui il fondo apparteneva, non solo prima che io ve lo avessi venduto, ma anche prima che lo avessi acquistato da Pietro di cui voi siete divenuto l'unico erede:

voi non sarete ammesso ad agire contro di me in garentia per questa evizione, avvegnachè, essendo erede di Pietro, siete voi medesimo obbligato a difendermi.

» Ha luogo una terza eccezione al nostro principio, allorquando l'evizione deriva dal fatto del compratore, quantunque la causa sia anteriore al contratto. Per es. voi avete consentito che il vostro fondo fosse ipotecato per un debito di Pietro; in seguito voi avete donato questo fondo a Giacomo il quale me lo ha venduto, e poco dopo io ve lo vendo. Se voi soffrite l'evizione di detto fondo per parte del creditore di Pietro, benchè la causa di questa evizione sia anteriore alla vendita che io vi ho fatta, voi non siete ammissibile ad agire in garentia contro di me per una tale evizione, perchè essa procede dal vostro proprio fatto, e perchè siete stato voi stesso che avete imposta tale ipoteca, allorchè primamente eravate proprietario del podere. In questo caso voi non siete in verità mio garante per ragione di detta evizione, come nel caso precedente, poichè non siete voi che mi avete venduto il podere, e perchè Giacomo che me lo ha venduto, lo teneva da voi a titolo di donazione, titolo che non importa garentia; ma basta che l'evizione proceda dal fatto vostro proprio, perchè voi non siate ammissibile a lagnarvi nè ad agire in garentia contro di me.

» *Seconda massima.* Le evizioni la causa delle quali non ha cominciato ad esistere che dopo il contratto, danno luogo alla garentia, quando questa causa proceda dal fatto del venditore; diversamente esse non vi danno luogo.

» La prima parte di questa massima è evidente. Per es. se voi mi avete venduto un podere, e che dopo il contratto di vendita, e prima che me ne abbiate fatta la tradizione, voi l'avete ipotecato a favore di alcuno, e che dopo io abbia sofferta l'evizione di questo podere dietro l'azione ipotecaria di questo creditore; quantunque questa ipoteca che è la causa di detta evizione non sia nata che dopo il contratto di vendita, è certo che ne siete responsabile, avvegnacchè contraendo tale ipoteca che m'impedisce di ritenere il podere, voi avete contravvenuto all'obbligo che avete contratto con me, *praestare mihi eum fundum habere licere.*

» La seconda parte della massima non è meno evidente; la cosa venduta dovendo essere a rischio del compratore dopo il contratto, ne viene di conseguenza che non vi ha luogo ad alcun ricorso di garentia per le evizioni, la causa delle quali non è nata che dopo il contratto, e che non procedono dal fatto dal venditore. Secondo questo principio, se dopo la vendita che mi fu fatta di un podere, fu emanato un decreto del consiglio, in virtù del quale me ne è stata presa una parte per fare una pubblica strada, il mio venditore non sarà garante di questa evizione, la di cui causa è nata dopo il contratto.

» Per la stessa ragione, se il compratore lascia usurpare il possesso della cosa a lui venduta, e che la prescrizione faccia ottenere all'usurpatore l'inammissibilità della domanda in rivendicazione che il compratore ha promessa contro di lui, il venditore non sarà responsabile verso il compratore della evizione che soffre per una tale sentenza; perchè la causa di questa evizione essendo la usurpazione che il compratore ha lasciato seguire in suo danno dopo la vendita, questa evizione non aveva una causa che esistesse al tempo del contratto. Altronde provenendo questa evizione da colpa del compratore, non è questi ammesso a querelarsene.

» Se il compratore è stato condannato a cedere la cosa venduta per la ingiustizia del giudice sopra una dimanda che non era ammissibile, non avendo tal evizione per causa che la ingiustizia del giudice non è per verun modo una causa che esistesse al tempo del contratto di vendita, per conseguenza il venditore non è tenuto a garentirlo, *L.* 51., *ff. de evict.*, *L.* 8., §. 1. *Cod. h. tit.*

» Non ha luogo l'anzidetta questione se non allorquando il compratore su la domanda promossa contro di lui ha ommesso di chiamare in giudizio il suo venditore in garentia; conciossiachè se lo avesse chiamato in giudizio, il venditore sarebbe stato obbligato di sostenere il suo fatto e causa, e la sentenza sarebbe stata proferita contro il venditore e non contro il compratore.

» *Terza massima.* L'abbandono della cosa venduta, che fa il compratore, quantunque senza sentenza, ad un terzo che al tempo del

contratto di vendita ne era il proprietario, o che aveva in quel tempo un diritto almeno informe per farsela cedere, dà luogo alla garentia, giustificando col venditore che quegli cui esso ha fatta la cessione aveva effettivamente questo diritto.

» *Finge.* Voi mi avete venduto un fondo che vi era stato donato da un uomo che non aveva figli, senza dichiararmi d'onde ei vi proveniva. Dopo il contratto di vendita quest'uomo si è maritato; e gli è nato un figlio che ha annullato *ipso jure* la donazione che vi aveva fatta. Io gli ho rilasciato il fondo, senz'aspettare che vi fossi condannato, e nemmeno citato. Io non ho meno un azione di garentia contro di voi; perciocchè basta che io vi giustifichi rispetto alla donazione che quegli vi ha fatta, che l'uomo stesso a cui io ho ceduto il fondo, aveva in virtù di questa donazione, e per conseguenza al tempo di detta donazione, ed al tempo della vendita che voi mi avete fatta, il diritto informe di farsela cedere, quando gli sopravvenissero dei figli.

» L'equità della massima che noi abbiamo esposta è evidente. Quantunque la parola evizione, nel suo proprio senso non convenga che al rilascio che alcuno è stato condannato a fare con sentenza del giudice, nondimeno quando sia giustificato che quegli a cui il compratore ha, quantunque senza sentenza, rilasciato la cosa, aveva il diritto di farsela rilasciare, e che solo per prevenire la sentenza ed evitare le spese, è stato fatto il rilascio, egli è fuor di dubbio che in questo caso non è stato in potere del compratore di ritenere la cosa, e conseguentemente che il venditore non ha adempita verso di lui l'obbligazione che esso aveva contratta, *praestare ipsi rem habere licere*; ciò che dà luogo alla garentia.

» Quantunque il rilascio fatto senza sentenza dia luogo alla garentia quando venga giustificato che quegli cui è stato fatto il rilascio aveva effettivamente il diritto di farsi rilasciare la cosa, non ostante un compratore agirà prudentemente di lasciarsi chiamare in giudizio per rilasciare, e d'intimare la citazione al suo venditore, affin di non incaricarsi della giustificazione del diritto di colui al quale troppo precipitosamente avesse fatto il rilascio.

» *Quarta massima.* È una specie di evizione che dà luogo alla garentia; allorchè dopo la vendita che mi avete fatta di una cosa, io succeda, sia a titolo universale, sia a titolo particolare, anche a titolo lucrativo, ad un terzo il quale ne era il vero proprietario.

» Questa massima è fondata sulla decisione di più testi di diritto. Ulpiano nella legge 13., §. 15., *ff. de act. emp.*, dice: *Si fundum mihi alienum vendideris, et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilominus ex empto mihi adversus te actio competit.* Giuliano nella legge 29., *ff. dict. tit.* dice similmente: *Cui res sub conditione legata erat, is cum imprudens ab haerede emit, actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia nunc ex causa legati rem habet.* Aggiugete la legge 84., §. 5, *ff. de legat.* 1.° *L.* 9., *L.* 41. *ff. de evict.* Eccone la ragione: Allorchè dopo aver comperato da voi una cosa che non vi apparteneva, o che non vi apparteneva per sempre, io succedo, qualunque siane il titolo, a quegli cui essa appartiene, è in virtù di questo titolo che io ritengo d'ora in avanti questa cosa; non è più in virtù della vendita che voi mi avete fatta. Da quel momento voi quindi cessate di adempire verso di me la vostra obbligazione, *non jam praestas mihi rem habere licere*, e conseguentemente voi dovete restituire il prezzo che avete ricevuto.

» Si osservi che, giusta il diritto romano, questa massima del pari che la precedente non avevano luogo che riguardo all'azione *ex empto* e non rispetto all'azione *ex stipulatu*, la quale, essendo un'azione *stricti juris*, non riconosceva alcun'altra evizione che l'evizione propriamente detta la quale risultava da una sentenza. Questa distinzione non può aver luogo nel nostro diritto francese, ove la distinzione delle azioni *stricti juris*, e delle azioni *bonae fidei* non si usa, ed ove altronde non si conosce altra azione in caso di garentia che l'azione *ex empto*. *Pothier. Trat. del cont. di vendita n.* 81 *a* 96.

Esaminiamo inoltre le qualità di questa evizione secondo la esposizione che ne offre Donello.

» Evincere rem emtori est rem venditam jure judicioque ei auferre. Nomen ex costitutione judicii: nam iudicio contenditur, certaturque de victoria icir litigatores. In qua contentione vincit is, secundum quem judicatum est. Unde actor qui in judicio proprietatis rem aufert ab emtore possldente recte dicitur vincere ab emtore quod petit, id est rem petitam. Hoc autem est uno verbo rem evincere. Ut ergo res emtori evicta intelligatur, quo nomine sit actio emtori adversus venditorem, tribus his rebus continetur: ut res sit ablata emtori, ut ablata judicio, ut judicio, et jure ob id quod res aliena esset, aut pignori obligata vendita.

» Illud ante omnia exigit evictio, ut res auferatur emtori; seu ut emtori spes omnis habendae rei abscissa sit. Quae si illi aliqua superest ante ablatam, vel abductam rem, nulla est ei de jure habendae rei actio, quia rem habere ei licet. *L. evictus. L. habere D. de evict.* Ideo nec quaestione de proprietate emtori mota interim venditor conveniri potest vel ad pretium restituendum *L. antep. §. 1. D. de evict.* Quanto minus; si nulla lite mota res aliena vendita esse dicatur, quamvis dicatur id certis rebus postea constitisse? Sane si quis alienum vendiderit sciens; quia decepit emtorem, ob dolum statim emti judicio tenebitur in id quod emtoris intcrest *L. ex emto. §. Cassius. in fin. L. tenetur.* 6. *§. ult. D. de act. em.* Sed etsi domini quaestione mota non potest agere emtor adversus venditorem, potest tamen interdum retentione uti. Nam si ante pretium solutum dominii quaestio mota sit, juste emtor pretium solvere recusabit, nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis nomine offerantur *L. pen. §. 1. D. de peric. et com. rei vend.*

» Secundum exigit evictio, ut res ablata sit judicio, dum sententia judicis pronunciatum est rem venditam esse petitoris, aut illi pignori obligatam *L. non tamen. D. de evict.* atque hinc etiam evincendi verbum, ut dixi. Quare sive vis aliena sine judicio rem abstulit emtori, sive ipsius voluntas cessabit ob evictionem actio. Vis aliena; ut si ager venditus principis jussu ablatus sit, et aut distractus, aut militibus assignatus *L. Lucius. 11. D. de evict.* Emtoris voluntas; ut si servum priusquam alienum esse cognosceret, manumiserit *L. si servum 25. D. cod.* si rem traditam pro derelicto habuerit *L. ult. eod.* si conventus a vero domino rem illi citra judicis disceptationem restituerit. *L. si cum quaestio. Cod. eod.* et si quae sunt alia hujus generis.

» Tertium proprium evictionis non solum ut res auferatur judicio, sed etiam petitoris jure, vel quia res ejus fuerit, cum vendita est, vel quia illi obligata pignori. *L. si non injuria Cod. eod. L. Herennius §. 1. D. eod.* Hoc jure res judicio evicta videbitur, si non alia res probabitur caussam dedisse evictioni. Quod si probabitur nulla erit ob evictionem actio. Tres res aliae quam superiores evictioni caussam dare possunt; culpa emtoris, judicis injuria, publicatio rei venditae. De prioribus duabus nulla dubitatio, quin utra earum rerum quid evictum erit, non sit actio eo nomine adversus venditorem *L. 1. Cod. de rer. per.*

» Culpa triplex emtori obiici potest, cur victus sit de re vendita, totidem caussae ad inhibendam actionem pro evictione. Principio lite ei mota, jubetur in primis laudare auctorem suum, id est, denuntiare venditori sibi litem motam, petere ut ad agendam causam adsit. Id si non facit, placet venditorem ei ob evictionem non teneri *L. auctore. L. emtor. L. si cum quaestio. Cod. de evict.* Nempe quia hac denuntiatione omissa emtor sua culpa vinci intelligitur. Cum enim agatur de re venditoris, potuit is melius scire quid hic sui juris esset, quas ad rem venditam tenendam defensiones aut probationes haberet; quae ideo emtori amissae sunt; quia venditori in tempore non denuntiavit, ut jus suum tueretur. Denuntiare emtor venditori non praecise et omnimodo cogitur: sed ita demum si venditor praesens eit. Sed etsi per praesentiam fiat, quominus si denuntietur, nihil nocet omisisse denuntiationem. *L. si ideo. §. ult. D. de evict.* Quo tempore denuntietur venditori, aut de re agenda adsit, statimne, an post litem contestatam, nihil refert: dum modo denuntietur tempestive ante rem judicatam, ut sit venditori satis temporis ad expediendas sui

juris defensiones. *L. si rem. §. ult. D. de evict.*

» Proxima culpa emtoris est, si absente auctore, aut auctoritatem, seu defensionem defugiente, emtor ipse judicio non adsit. Nam dum venditor adesse volet, et caussae defensiouem suscipere, nihil necesse est emtorem in re aliena satagere. At si venditor defensionem negliget, tum hoc ex bona fide injungitur emtori, ut ipse saltem causam agat, ut potest, et si quas habet defensiones, aut ex persona sua, aut ex persona venditoris his utatur; quoniam et jure uti potest *L. emtori. mod. de evict.* Si secus facit, placet re evicta denegari ei actionem, tanquam magis sua culpa victo, quod abesset, quam quod malam caussam haberet. Hoc tamen ita, nisi res evicta sit a venditore ipso. Quem quidem vindicantem quod ipse vendidit constat exceptione doli mali posse ab emtore summoveri. Si tamen hac exceptione omissa passus sit emtor se condemnari, placet nihilominus venditorem evictionis nomine conveniri posse. *L. vindicantem.* 17. *et seq. D. de evict.*

» Tertia culpa emtori obiici potest, quamvis et denuntiaverit auctori suo, et illo recusante sedulo caussam egerit, si exceptione aliqua quae ei ex facto suo obstaret, remotus sit; quamobrem et hoc casu regressum adversus venditorem non habet. *L. hoc jure* 27. *D. de evict.* Quippe factum illi suum non adversario nocere debet *L. factum D. de reg. jur.* Finge inter emtorem et eum qui de proprietate nunc litem movet, fuisse aliquando controversiam de eadem re, transactam inter eos, ita ut pacisceretur emtor se de ea re nunquam actori controversiam moturum. Si iterum reperiatur emtor eamdem rem possidere, et existat vetus ille actor, qui eamdem illam ab emtore petat, dicemus, si petitor emtorem aliis defensionibus, quamvis justis utentem replicatione superioris pacti removerit, nihil hoc nociturum venditori; quia facto, et culpa emtoris evictio contigerit.

» Quid facit culpa emtoris id facit injuria judicis, ne evictio venditori noceat *L. si non injuria mod. de evict. L.* 1. *Cod. de rer. perm.* Neque hic quadam interest, utrum pecunia corruptus judex, aut alius dolo malo judicaverit, an imperitia, et errore *L. si per imprudentiam* 31. *D. de evict.* Si quaeritur, quomodo hic probetur corruptela judicis, aut imperitia, non est in eo anxie laborandum. Probatio semper patebit ex actis caussae. Nam si actor allegaverit praescriptionem longi temporis, quam et probaverit, si actori opposuerit exceptionem rei adversus eum quandoque judicatae de eadem re, aut exceptionem pacti conventi, ne eam rem peteret, et judex harum exceptionum rationem non habuerit, satis argumenti est judicem injuria judicasse. Cum de ejus injuria constabit, nihil necesse est quaerere, utrum sordibus, an imperitia male judicaverit: cum utrum horum factum sit, nihil interesse diximus.

» Publicati fundi vendidi paulum diversa caussa est. Hoc convenit, quod cum fundus venditus, priusquam traderetur, publicatus est, non tenetur venditor in id, quod emtoris interest quasi evicto fundo. *L. si fundus.* 33. *D. locati.* Non enim ideo ablatus est; quia venditoris non esset cum venditus est; sed contra ideo ablatus, quia erat venditoris. Sic autem evinci oportet quasi alienus fuerit *L. si fundum. Cod. de evict.* Illud dissidet, quod fundo publicato, saltem hactenus tenetur venditor, ut pretium restituat. Merito: nonnulla enim ejus culpa est, quod sit evictus. Quod si in aliis partibus omnibus venditi culpam praestare debet *L. si vendita D. de peric. et com. rei vend.* aequum est eum hanc ipsam saltem hactenus praestare, ne pretium retineat pro re quam culpa sua non praestitit. *Donelli Comment. de jure civili. Lib.* 13. *cap.* 2. *Emti et venditi obligatio etc.*

Si desume dalle disposizioni del nostro articolo che nel contratto di vendita la garentia è di dritto per parte del venditore, quantunque non avesse stipulato di darla » In fatti, dice Delvincourt, non vi ha altri che egli il quale contrae quest'obbligo di garentia. Coloro che sono intervenuti alla vendita per consentirvi, o per autorizzarla, non ne sono tenuti: per esempio un usufruttuario, un chiamato alla sostituzione, un marito che autorizza la moglie: *aliud est vendere, aliud vendendi consentire*, dice Ulpiano *L.* 160. *D. de reg. juris*;

» Un secondo acquirente potrebbe mai esercitare l'azione di garentia direttamente ed in suo nome contra il primo venditore? Esempio:

» Io vi vendo una casa; voi la rivendete a Pietro il quale ne soffre l'evizione: potrà egli chiamarmi a garentirlo? È certo che essendo vostro creditore, poichè ha contro di voi l'azione di garentia, egli può agire contro di me in vostro nome e come esercente le vostre azioni; ma la quistione è di sapere se potrebbe egli agire contro di me in nome suo. Ciò è importante; poichè se si decide che l'azione gli appartiene particolarmente ed in suo nome, ne ricaverà egli solo il beneficio, in pregiudizio, ed esclusione degli altri creditori del suo venditore: se per l'opposto si decide ch'ei non può agire che per parte del suo venditore, allora in caso che costui sia fallito o prossimo a fallire, l'azione apparterrà alla massa de' creditori, ed egli sarà obbligato a venire per contributo a ripetere il risarcimento de' danni ed interessi che potranno essergli dovuti. *Domat del contratto di vendita, sez.* 10. *n.* 29 sembra decidere ch'egli può agire in proprio nome, ma il contrario fu sentenziato da un arresto di Bruxelles sotto la data del 6 gennajo 1808 (Sirey 1810 2 parte pag. 489). Questa decisione è fondata sul riflesso che l'azione di garentia risulta dal contratto di vendita. Essa è dunque personale. Ora è dell'essenza dell'azion personale di non poter essere esercitata che da colui verso del quale l'obbligazione è stata contratta, da'suoi eredi o aventi causa. Quindi la legge 59. *D. de evictionib.* decide che il legatario evitto non può agire contro colui che ha venduto al testatore, se non quando le azioni gli sono state cedute.

» Ma non si può dire con *Pothier*, *della vendita n.* 148, che nel nostro dritto da cui tutte le sottigliezze sono state sbandite, ed ove, come l'abbiamo già fatto osservare, tutto si tratta *ex equo et bono*, che il primo compratore rivendendo la cosa si presume avere nel tempo stesso venduto e trasportato al secondo compratore ogni dritto ed azione ch'egli aveva riguardo alla cosa stessa, e quindi l'azione di garentia ch'egli aveva contro il suo creditore? Questa dottrina potrebbe dedursi dall'articolo 1251 (1204) il quale accorda di pieno dritto la surrogazione al fidejussore che paga il debito, senza che sia necessario ch'egli si faccia cedere le azioni dal creditore. Si potrebbe del pari decidere per l'analogia della nostra ipotesi, che il secondo compratore è surrogato di dritto all'azione di garentia che ha il primo contro del suo venditore, senza aver bisogno di farsi cedere quest'azione, come l'esige la legge 59.

» Per quanto valide sieno queste ragioni, io credo l'arresto di Bruxelles uniforme ai veri principj riguardanti le azioni personali, e per dimostrarlo bisogna prima di tutto osservare, che la surrogazione legale è un privilegio il quale non può aver luogo se non in virtù di una espressa disposizione della legge. Ora noi non veggiamo in nessun luogo che la legge surroga l'acquirente all'azione di garentia risultante dal contratto di vendita in favore del venditore.

» In secondo luogo sia la specie seguente:

» Paolo compra da Pietro un fondo nel quale si propone di stabilire una manifattura che gli cagionerà spese considerevoli. Per non esporsi a farle inutilmente egli stipula che in caso di evizione il suo venditore gli pagherà una somma di 2000 franchi a titolo di danni ed interessi. Indi egli cambia disegno e rivende quello stesso fondo a Giovanni il quale lo compra solamente per impiegarvi i suoi capitali, senza la menoma intenzione di farvi alcuna costruzione. Giovanni è evitto. Sarà egli in grado di domandare a Pietro i 2000 franchi stipulati in vantaggio di Paolo? No, senza dubbio: egli potrà come creditore di Paolo esercitare i di costui diritti contro di Pietro, ma soltanto fino alla concorrenza de' danni ed interessi ch'ei potrebbe ripetere dallo stesso Paolo, e che saranno determinati in proporzione del pregiudizio ch'egli ha realmente sofferto per effetto della evizione. Dunque il contratto di vendita stipulato fra Paolo e Giovanni non si presume contener cessione, in favor di quest'ultimo, dell'azione di garentia che Paolo aveva egli stesso contra di Pietro.

» Facciamo ora un'altra ipotesi, e supponiamo che dopo la rivendita fatta a Paolo, questi in seguito di transazione tra lui e Pietro, abbia esonerato costui da qualunque regresso per garentia in caso di evizione. Credesi

forse che se Giovanni è evitto potrà agire contra Pietro in virtù dell'obbligo di garentia stipulato nel primo contratto e che questi non sarebbe in tutti i casi in diritto di opporgli l'eccezione del patto intervenuto tra lui e Paolo? Bisogna dunque ancora da ciò conchiudere che l'azione di garentia di Paolo verso Pietro non è passata di pieno diritto in Giovanni. Tal sembra pur essere l'opinione di *Despeisses*, *della compra. Sez.* 5. *n.* 39.

» Quanto al paragrafo citato di Domat, è da osservare, ch'esso non appartiene a quell'autore, ma al signor *De Jouy* di lui continuatore, il quale si è d'altronde evidentemente ingannato nell'applicazione della legge romana ch'ei cita in appoggio della sua sentenza (*L.* 3. *D. de exceptione rei venditae*, *et non traditae.*) Si parla in fatti in detta legge della eccezione, e non dell'azione di garentia. Ora egli è certo, che se colui dal quale il mio venditore ha acquistato la cosa vuole rivendicarla, io posso opporgli l'eccezione, che la cosa viene originariamente da lui, e che per conseguenza non può esercitare il dritto di evizione. Ma tra ciò, e l'azione di garentia da esercitarsi contro di lui, il divario non è leggiero. D'altronde io convengo che il secondo compratore può procedere in via di azione o di eccezione in garentia contro al primo venditore, ma solamente in nome o come creditore del primo acquirente, ed in virtù dell'articolo 1166 (1119). Ora la legge sopracitata sembra confermar questo avviso, mentre non concede l'eccezione al secondo compratore se non perchè *interest emptori primi*.

» *Quid*, se il secondo atto di vendita contiene la cessione dell'azion di garentia che aveva il primo compratore contra il primo venditore? La cessione è valida tra le parti dal momento in cui essa ha luogo; ma non avrà effetto riguardo ai terzi che dal momento in cui sarà stata notificata al primo venditore.

» L'azione di garentia è divisibile? No. Il compratore acquistò la cosa per averla intera. Uno degli eredi del venditore non sarebbe dunque ammessibile a difendere il compratore per la sua parte soltanto: *omnes debet subsistere, et quolibet defugiente, omnes tenebuntur.* (*L.* 85. §. 5. *D. de verb. oblig.*) *Quia in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est. L.* 39. *cod.* Ma se l'evizione è pronunziata, se vi sia luogo alla restituzione del prezzo, e dei frutti non che al risarcimento dei danni ed interessi, la condanna è divisibile e si ripartisce tra gli eredi del venditore. *L.* 85. §. 5. *cod.*

» Ma *quid*, se in luogo di più eredi di un solo venditore, si suppone che sienvi stati più venditori? Io penso che convenga distinguere: se hanno venduto congiuntamente e con un solo contratto, si applicherà la regola or ora stabilita pel caso in cui vi sono più eredi di un solo venditore. Nella ipotesi contraria, non sarà tenuto ciascuno che per la rispettiva porzione venduta. (Argomento tratto dagli articoli 1668 1670 e 1671 (1614 1516 e 1518).

» Dall'esser ciascun erede del venditore obbligato a difendere il compratore per la totalità segue che se uno degli eredi è proprietario di tutta la cosa venduta, e la revindica, si può opporgli la regola *eum quae de evictione* per la totalità, e non semplicemente per la sua quota, come lo pretende *Pothier n.* 173 *dietro la legge* 14 *cod. de rei vindicat.*, la quale ad onta delle sottili ragioni prodotte da quell'autore, mi sembra contener principii opposti alle due leggi sopracitate, la di cui decisione a me pare da preferirsi. Decise in questo senso la corte di Caen a dì 8 dicembre 1808. Ne fu prodotto ricorso per annullamento, ed il 19 febbrajo 1811 il ricorso venne rigettato. Si dica altrimenti, ove quei che revindica sia un erede beneficiato; mentre allora, siccome egli non confonde, può revindicare il totale, non rimanendo al compratore che a rivolgersi contra la successione.

» Si dà luogo a garantia nel caso di un immobile venduto ad istanza de' creditori? In dritto romano si distingueva: se il compratore era espropriato da uno che pretendeva aver dritto sulla proprietà, ei non aveva regresso contro i creditori, a meno che non fossero in dolo, o che si fossero obbligati alla garentia. *L.* 1. e 2. *cod. credit. evict. pign. non debere*; ma solamente un'azione per la restituzione del prezzo contro del debitore che ne aveva profittato, poichè era liberato d'al-

trettanto, senza però altri danni ed interessi. *L.* 74. §. 1. *D, de evict.* Che se l'evizione aveva avuto luogo *jure hypotheceae*, come per parte di un altro creditore ipotecario anteriore a colui che aveva fatto vendere, quest'ultimo era obbligato a restituire all'acquirente le somme ricevute. *L.* 1. *cod. credit.* etc. Io credo che sarebbe lo stesso oggidì nel primo caso. Quanto al secondo, esso non può aver luogo se non allorchè non fossero state adempite tutte le formalità richieste dalla legge pel sequestro, l'aggiudicazione e la distribuzione delle somme; giacchè altrimenti i creditori che han mancato di farsi comunicare nel termine indicato i documenti esibiti, rimanendo esclusi dalla facoltà di contraddire (procedura articolo 756 (840) essi non hanno veruna azione da esercitare contro al compratore; e per conseguenza costui non può aver bisogno del ricorso in garentia. Ma in tutti i casi qualora il creditore che ha fatto vendere volesse quindi rivindicare la cosa, a motivo di qualche dritto ch'egli aveva o che avesse acquistato su di essa dopo la vendita, se gli opporrebbe l'eccezione di garentia di cui si ragiona nella nota seguente.

» Evvi luogo all'azione di garentia in fatto di transazione? Bisogna distinguere: se l'evizione cade sulla cosa che formava l'oggetto della transazione, siccome non è da supporsi che alcuno abbia transatto se non perchè essa era dubbia, non v'è luogo a garentia, *propter aleam. L.* 33. *cod. de transact.*

» L'azione di garentia è prescrittibile come le altre azioni, ma il termine non decorre che dal giorno in cui vi è stato turbamento: articolo 2257 (2163). Sino a quel punto il compratore non poteva agire, e *contra non volentem agere non currit praescriptio.*

» *Quid*, se il compratore evitto divien proprietario dell'oggetto ad un altro titolo? Se a titolo oneroso, non vi è dubbio ch'egli abbia l'azione di garentia; ma se a titolo gratuito, la legge 57. §. 1. *D. de evict.* distingueva: se l'acquisto aveva avuto luogo prima che la cosa gli fosse stata effettivamente tolta in seguito dell'evizione, egli non aveva l'azione *ex stipulatu*; l'aveva bensì nel caso contrario. Ma io mi avveggo che questa decisione si risente della sottigliezza delle leggi romane. La stipula era di stretto dritto. Perchè l'azione *ex stipulatu* potesse esercitarsi, bisognava che il caso preveduto dalla convenzione fosse avvenuto: or qual'era il caso previsto? Era *si rem emptori haberi non liceret.* Se dunque l'acquirente rimaneva possessore, in qualunque modo ciò avesse avuto luogo, il caso preveduto non si presumeva giunto, e non aveva luogo l'azione. Or quando la cosa era stata donata o legata al compratore, dopo la sentenza che lo condannava a restituire, ma prima che avesse effettivamente restituito, non poteva dire che *rem ei haberi non licebat*; egli non poteva dunque agire *ex stipulatu*. Se per l'opposto il dono o il legato non aveva avuto luogo che dopo di essere stata effettuata la restituzione, allora il caso previsto dalla convenzione era arrivato, e l'azione poteva essere esercitata; e ciò che dimostra esser questa realmente la ragione di decidere nella citata legge 57 si è, che la legge 13. §. 15. *D. de act. empt.* concede nello stesso caso al compratore l'azione *ex empto* senza veruna distinzione, poichè detta azione era di buona fede e non andava per conseguenza ristretta negli stessi angusti limiti di quella *ex stipulatu*. Presso di noi ammettiamo i sottili e rigorosi principii relativi alla stipula, non dubito che l'azione di garentia abbia luogo in ambidue i casi.

» Presso i romani, allorchè l'evizione aveva avuto luogo per *injuriam judicis*, il compratore non aveva l'azione di garentia. Non sarebbe lo stesso fra noi. In effetti o il compratore ha chiamato il suo venditore a garentirlo, o non l'ha chiamato. Nel primo caso è il venditore che vien condannato, non già il compratore: non si ha dunque nulla da rimproverare a costui. Nel secondo caso, egli non è escluso dall'azione di garentia se non quando il venditore provi ch'egli aveva mezzi atti a far rigettar la domanda, e che questi mezzi non sono stati adoperati dal compratore; mentre ove lo fossero stati, e che nulladimeno l'evizione avesse avuto luogo, il venditore resta garante. Se detti mezzi non vennero impiegati, il compratore è dichiarato inammessibile nella sua azione di garentia, non già *propter injuriam judicis* la quale non si oppone mai presso di noi, ma perchè il com-

pratore deve imputare a se stesso di non aver messo in causa il venditore; e che si suppone al contrario che se i mezzi in quistione fossero stati posti in uso, l'evizione non avrebbe avuto luogo. *Delvincourt. Corso di codice civile Vol. 6. nota* 65. *al tit.* 2.

Il medesimo giureconsulto avendo dimostrato, che la garentia è di dritto, cioè che ha luogo per parte del venditore anche senza stipulazione, poichè appartiene alla natura del contratto, egli esamina il caso, se appartiene essa del pari alla sua essenza. Risponde alla domanda con una distinzione, vale a dire se si tratta del fatto dei terzi, la clausola di garentia, non è più della natura del contratto; la è poi essenziale al contratto, se tratta del fatto personale del venditore, come di una ipoteca da lui creata » Di là viene pure l'eccezione di garentia che ha luogo allorchè il venditore il quale non era nell'epoca della vendita proprietario dell'oggetto venduto, l'è divenuto dopo, come erede, legatario o donatario del vero proprietario, e che in tal qualità egli vuole rivendicare la cosa; il compratore può allora opporgli l'eccezione della garentia, fondata sulla regola *cum quem de evict.* etc. La stessa eccezione può essere opposta nel medesimo caso all'erede del venditore, non che a tutti i di lui successori a titolo universale.

» Questa eccezione può essa opporsi al fidejussore del venditore? Io credo che sì con *Pothier, del contratto di vendita n.* 176 *e colla legge* 11. *cod. de evict.* Il fidejussore accedendo a tutti gli obblighi del debitor principale, è tenuto a soddisfarli quando questi da se non li adempie. Ora nella specie l'obbligazione principale è quella di trasferire la proprietà dell'oggetto venduto. Il venditore non può adempirla, poichè si suppone che il fidejussore è il proprietario. Dunque egli può esser rimosso colla eccezione di garentia, non ostante la decisione contraria della legge 31. *cod. eod.* la quale non sarebbe certamente ricevuta nel nostro dritto. *Delvincourt. Ibidem nota* 66.

» §. 47. Le parti possono con patti par-
» ticolari accrescere o diminuire l'effetto di
» questa obbligazione legale; e possono pure
» convenire che il venditore non sia settopo-
» sto ad alcuna garentia. *Art.* 1473. *Leg. civ.*

Tra egli altri casi può servir di esempio quello indicato nel rescritto. degl'imperatori Diocleziano, e Massimiano.

» Emptori etiam venditoris jura prodesse non ambigitur. Si igitur vobis propter rei proprietatem mota fuerit quaestio tam propriis, quam venditoris defensionibus uti poteritis. *L.* 28. *Cod. de evict.*

Casus. Vendidisti mihi praedium, de quo erat pactum de non petendo tibi factum; vel forte illud praescripseras, vel usuceperas; nunquid praescriptio mihi emptori proderit? dicitur quod sic; unde si res evincatur per culpam, quia exceptionem ex persona tua competentem mihi non opposui, de evictionibus non teneberis. »

Rinunciandosi alla lite mossa sul dominio della cosa venduta può aversi il regresso per l'evizione? Fabro decide per la negativa.

» Alienae rei emptor si a domino conveniatur, et liti renunciet, sive ante, sive post laudatum auctorem, litemque ab eo assumptam, amittit actionem de evictione, propterea quod non solum vitio suo, et culpa actor obtinuerit, sed etiam per eum factum sit, ne auctor sit audiendus, si jus suum tueri velit; quippe cujus nihil intersit posteaquam nullum emptor adversus eum habiturus est regressum. Nec si adversus renunciationem litis restitui emptor velit, hoc solo praetextu, quod a bona lite sine causa discesserit, audiri debet: quoniam haec ipsa justissima causa est renunciationis, ut a lite discedatur. Unde etiam fit, ut quod ob hanc causam datum est, condici nequeat quasi indebitum aut sine causa datum, nisi per evidentem calumniam, et dicis causa lis mota fuisse proponatur. In proposito autem illud etiam accedebat, quod facta erat renunciatio apud acta, et ea nominatim causa adjecta, ne majoribus litis sumptibus emptor vexaretur. Plane si is, qui liti renunciavit, probet, justam fuisse evictionem, sibique alienam rem venditam, nullo licet venditoris dolo interveniente, salvam habere debet actionem ad is omne quod sua interest, praeterquam ad sumptus factos in ea lite, cui ignorante vel invito venditore renunciavit. Ita in publico auditorio tractatum est 4 id. decembris 1592. *Fabri Cod. lib.* 8. *tit.* 31. *de evictionib. Def.* 8.

È mestieri osservare inoltre con Domat che » la garentia convenzionale è quella sicurezza che promette il venditore più o meno estesa di quella di dritto secondo siasi convenuto. Così si può ampliare la garentia di dritto, come per es. se si convenisse, che il venditore garentirà dal fatto del principe; e si può restringerla, come se si convenisse che il venditore garentirà solamente de' fatti suoi, e non dei dritti altrui, o che restituirà soltanto il prezzo in caso di evizione senza i danni ed interessi. Tutte queste convenzioni sono giuste, secondo che si compra a prezzo più o meno alto, e per altri riguardi, e perchè si compra di fatti solo ciò che è venduto, e come il venditore vuol garantirlo. *Nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari quod inter contrahentes actum est. L.* 11. §. 1. *D. de act. emp. et vend. Domat leggi civili lib.* 1. *tit.* 2. *sez.* 10. *n.* 7.

Vedi il §. 63.

» §. 48. Quantunque siasi pattuito che il
» venditore non sia soggetto ad alcuna garen-
» tia, ciò non ostante resterà obbligato a
» quella che risulta da un fatto suo proprio.
» Qualunque convenzione in contrario è nulla.
» *Art.* 1474. *Leg. civ.*

Pomponio professò anche la dottrina, che il patto, in virtù di cui il venditore non sia tenuto della evizione, non giova a colui che sapeva la causa pel quale dovevasi garentire la cosa venduta, e tacque.

» Si dolo malo (*vel culpa levi*) aliquid fecit venditor in re vendita, ex empto eo nomine actio emptori competit; nam et dolum malum eo judicio aestimari oportet, ut id quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor, emptori praestari oporteat. *L.* 6. §. *penult. D. de actio. empti, et vend.*

Osserviamo indi con Donello le circostanze, che per fatto proprio del venditore rendono sempre questi obbligato, malgrado il patto della garentia non convenuta.

» Postremo si aperte convenit ne venditor evictionis nomine teneretur, nemo dubitat, quin aperta haec conventio omnium maxime servanda sit ex edicto de pactis. Sed ne nos fallat, quasi omnimodo servanda sit, et ita servanda ut superiores, quod sane quia aperta est, multo magis de ea dicendum videbatur: monendi sumus utrumque contra esse: quod docet Ulpianus in *L. ex emto* §. *ult. D. de act. em.* Nam primum sciendum est hanc conventionem nihil prodesse venditori, si forte sciens alienum vendat: tunc enim debuit potius indicare id emtori: quod quia dissimulavit, quacumque conventione voluerit sibi cavere, decepit emtorem: semper autem dolum bonae fidei judicio praestari oportet: hoc in *d. L. ex emto in fi. L.* 1. §. *ult. L. tenetur D. de act. em. L. ea quae.* 43. §. *ult. D. de contrah. emp.* Tum autem ut maxime venditor ignoraverit rem alienam esse, de cujus evictione supra sibi cavit se non teneri; tamen *in d. L. ex emto* de sententia Juliani scriptum est, effici quidem hac conventione ne utilitas debeatur, idest, ne teneatur venditor in id quod emtori interest, ne scilicet conventio sit inutilis: ceterum re evicta pretium saltem ab eo deberi. Hoc quidem ex verbis contra videri poterat, cum generalis est conventio, ne venditor teneatur. Sed cum in generali oratione semper excipiatur, quod sit iniquius, et naturae contractus minus conveniat, quasi de eo contrahentes non senserint *L. cui D. de serv. L. in omnibus quidem. L. quoties idem D. de reg. jur.* recte conventio superior ita accepta est, ut non viderentur contrahentes de pretio etiam non reddendo sensisse; quia a bonae fidei contractus natura, et aequitate esset alienum. Et hoc est quod pro ratione hujus sententiae eo loco adfertur; neque enim bonae fidei contractum hac pati conventione, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret. *Donelli Comment. de jure civili lib.* 13. *cap.* 2. *Emti, et venditi obligatio etc.*

» §. 49. Nel caso medesimo che siasi sti-
» pulato di non esser tenuto a veruna garen-
» tia il venditore, accadendo l'evizione, è
» tenuto alla restituzione del prezzo; eccetto
» quando il compratore fosse consapevole del
» pericolo della evizione nell'atto della ven-
» dita, o avesse comprato a suo rischio, e
» pericolo. *Art.* 1475. *Leg. civ.*

Queste disposizioni sono attinte da Ulpiano.

» Si aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri; pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi; neque enim bonae fidei contractus

hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret: nisi forte (inquit) si quis (*scilicet peritorum*, *et hoc in eo casu cum dicit nil evictionis nomine*) omnes istas suprascriptas conventiones reciperet. *L.* 12. §. *ult. D. de actio. empti et vend.*

» Ma se il compratore, osserva Maleville, ha conosciuto all'istante della vendita il pericolo della evizione; dippiù, s'egli ha comprato come si dice a suo rischio, e pericolo, ed abbia espressamente conosciuto che non vi sarà garentia, allora ha certamente stipulato un contratto aleatorio, e dee imputare a se stesso la perdita.

» Ciò malgrado vi sono alcuni autori i quali tengono, che il venditore debba sempre restituire il prezzo, ancorchè il compratore abbia conosciuto, che la cosa la quale gli fu venduta apparteneva ad altrui, ed ancorchè abbia rinunciato ad ogni garantia (*Malcville cita fra gli altri Vinnio Partit. juris*, *il quale trae la sua opinione dal seguente rescritto degl' imperatori Diocleziano*, *e Massiamo*.

» Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit; quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi, refragatur. *L.* 27. *Cod. de evictionibus*.

Casus. Si sciens fundum alienum, vel alii obligatum comparasti, nec de evictione caveri fecisti tibi; pretium quod solvisti petere non potes. Sin vero ignorans emisti, non jure recusat veditor refundere tibi pretium quod numerasti. »)

» Checchè ne sia, fa d'uopo attenersi alla disposizione dell'articolo 1628 (1474); ma è da farsi attenzione, che quivi si favella del caso della rinuncia alla garentia. Imperocchè se questa rinuncia non esistesse, o non se ne fosse in verun modo fatta menzione, contra il compratore inscio che la cosa non appartenga al venditore, ed il compratore di ciò non è ignaro, in questo ultimo caso il venditore non è tenuto che alla restituzione del prezzo. Nel primo debbe anche risarcire i danni *L. ult. in fi. Cod. communia de leg.*

» Ma se il compratore sapendo che la cosa apparteneva ad altri, avesse espressamente stipulato la garentia, avrebbe egli dritto di pretendere qualche cosa di più oltre la restituzione del prezzo? La legge citata dice che non può pretendere nulla di più. Lapeyrere lettera G. n. 1. riporta una sentenza del medesimo tenore. Nulladimeno siccome l'articolo 1630 (1476) non fa motto nè della cognizione, nè della ignoranza del compratore, io credo che potrebbe questi aspirare al risarcimento de' danni, eccettocchè il venditore non ignorasse che la cosa apparteneva ad altri, nel qual caso vi sarebbe dolo per parte del compratore, il quale non potrebbe tutto al più chiedere che la restituzione del prezzo. Infatti il dolo è sempre eccettuato. Vedi per questi diversi casi Pothier Trattato di vendita n. 187 a 192.

» La legge 3. *D. de act. empt.* presenta una controversia singolare, e decide, che se il venditore sapesse che la cosa fosse sottoposta ad una servitù, e non lo avesse dichiarato, sarebbe obbligato a garantirla, quantunque avesse stipulato di non essere tenuto a garantire la servitù se ve ne esistessero *si quae deberentur*. Credo giusta questa decisione, perchè dal canto suo vi è dolo nell'aver lasciato il compratore nel dubbio di una cosa, di cui egli aveva una piena certezza. Lapeyrere lett. G. n. 14 riporta una sentenza conforme. *Maleville. Osservaz. all'art.* 1629. *del cod. civ.*

Solo dice Fabro, colui non può agire per la garentia il quale abbia trasferito il possesso.

» Permutatione inter nos facta, secutaque hinc inde traditione, si tu rem, quam a me habuisti, locaveris Titio; qui postmodum a te contractu locationis conventus dominii quaestionem referre velit, non potes me auctorem laudare quasi obligatum de evictione, non ob id solum, quod non sit permittendum conductori tuo, ut tibi referat quaestionem dominii, sed etiam quia facto tuo non meo ea tibi molestia contigerit, quod Titio rem locaveris, cui si non locasses rem nunc habere tibi liceret. Plane si recuperata possessione ab eo conveniaris sive rei judicatione, sive qua alia actione, per quam possessio avocetur, tenebor tibi ut rem defendam, aut ni faciam, quanti tua intererit, exemplo venditionis. Neque tamen locus erit condictioni,

quae dari solet, non secuto ex alterutra parte implemento; quia ex parte mea contractum implevi, cum rem meam tibi tradidi. Ita Senatus in causa D. Four et Jacobinae Berru 3. id. mai. 1595. *Fabri Cod. lib.* 8. *tit.* 30. *de evictionibus Def.* 15.

» §. 50. Quando siasi promessa la garen-
» tia, o nulla siasi stipulato su tale oggetto,
» se il compratore ha sofferto l'evizione, ha
» dritto di domandare dal venditore

» 1.° le restituzione del prezzo:

» 2.° quella de' frutti, quando sia obbli-
» gato di restituirli al proprietario che ha ri-
» vendicato la cosa:

» 3.° le spese fatte in conseguenza della
» denuncia della lite al suo autore, e quelle
» fatte dall' autore principale:

» 4.° finalmente i danni ed interessi, co-
» me pure le spese legittime del contratto.
» *Art.* 1476. *Leg. civ.*

Così Jaboleno, e Paolo.

» Si in venditione dictum non sit quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine; et ex natura (*die stipulatus erat a venditore periculum evictionis praestari sibi*, *sed non in certam quantitatem*, *aget ergo in simplum ex stipulatu*, *et ex empto ad interitum*) ex empto actionis hoc quod interest (*nota*: *naturam actionis ex empto esse*, *ut detur ad interesse*) *L.* 60. *D. de evictionibus.*

» Evictare ex empto actio non ad pretium recipiendum sed ad id quod interest (*detur enim ex empto ad interesse*, *ut dixi supra L. si in venditione*) competit. Ergo et si minoris esse coepit (*scilicet rei aestimatio*) damnum emptoris erit. *L.* 70. *D. eod.*

La domanda intimata al venditore nuoce benanche al fidejussore dato nella evizione? L' imperatore Alessandro decide affermativamente.

» Auctore laudato (*idest venditori denunciato ut defendat*, *quod est opus*, *de evictione postea agi possit*) si evicta res est, fideiussorem etiam si agi causa ignoraverit (*non oportet ergo fideiussori nunciari*, *sed sufficit reo*, *idest auctori*, *sicut alias mora rei nocet fideiussori ut D. de verb. oblig. L. mora rei*) conveniri evictionis nomine posse, non ambigitur. *L.* 7. *Cod. de evictionibus.*

Casus. Vendisti michi praedium, de evictione promisisti, ut fideiussorem dedisti: denunciavi tibi, ut me defendas in causa evictionis, licet non denunciaverim fideiussoribus, an ideo minus teneantur fideiussores, quaeritur? Et dicitur quod non. No. hic, quod emptor non agit de avictione nisi denunciet venditori, quod eum defendat. *Vivianus.*

Il medesimo imperatore rescrisse però che il compratore per essere difeso nella causa dell' evizione dee necessariamente intimare il venditore; in modo che se egli non si presenta in giudizio, decade del dritto di sostenere le sue ragioni.

» Emptor fundi, nisi auctori, aut heredi ejus denunciaverit, evicto praedio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fidejussorem ejus habet. Sed et si judicio emptor non adfuit (*quo casu magis propter absentiam suam quam propter malam causam quam habuit amisisse videtur ut hic*, *et D. eod. L. si ideo*) aut praesens per iniuriam (*quae facta emptori non tangit venditorem*) judicis victus est, absente (*quid si praesens esset? responde appellari debere ut D. eod. L. Herennius* §. 1. *et de appellat. L. a sententia*) auctore vel fidejussore, regressum adversus eum non habet. *L.* 8. *Cod. de evictionib.*

Casus. Nisi emptor venditori denunciaverit, ut eum defendat in causa evictionis, et res fit evicta, non tenebitur venditor actione ex stipulatu, vel pro evictione. Si vero emptor in judicio non compareat, vel praesens per injuriam judicis condemnetur, non tenebitur venditor, vel ejus fidejussor. *Vivianus.*

Delvincourt distingue la domanda originaria da quella di garentia: l'una, ci dice, è l'azione reale diretta dal proprietario contro il compratore; l'altra è l'azione diretta dal compratore contro il suo venditore perchè lo garentisca dall' evizione. Per le formalità delle domande di garentia vedi il cod. di proc. art. 175 a 185 (269 a 279)

» Bisogna per altro distinguere riguardo alle spese della domanda originaria: se il

compratore non ha chiamato il venditore a garentirlo, questi non è obbligato a rinfrancargli che le spese della citazione. Il venditore può dire che se fosse stato chiamato egli non avrebbe sostenuta la lite. Si dica lo stesso se il venditore chiamato in garentia ha dichiarato non avere alcun mezzo come impedire la domanda, e che l' acquirente ha voluto fare la causa. *Delvincourt. Corso di cod. civ. T.* 8. *nota* 72. *al tit.* 2.

Pothier dà inoltre le regole generali su di quello al quale il venditore, che succumbe all' azione di garentia, dee condannarsi. In riguardo al primo oggetto della condanna ei dice :

» Il venditore, in caso di evizione deve esser condannato a restituire al compratore il prezzo che ha ricevuto.

» Egli deve esservi condannato, egualmente che nel caso di non eseguita tradizione, quando anche la cosa venduta fosse stata deteriorata considerabilmente dopo il contratto di vendita, sia per negligenza del compratore, sia per accidenti di una forza irresistibile, di maniera che al tempo dell'evizione si trovasse di un valore inferiore assai del prezzo pel quale è stata venduta.

» Vi sono alcune volte delle deduzioni a fare sul prezzo che il venditore è tenuto a restituire al compratore in caso di evizione.

1.° Se prima della domanda sulla quale il compratore ha sofferta l'evizione, vi fosse stata una precedente lite tra il venditore ed il compratore, sia per mancanza d' integrità della cosa, sia per qualche peso reale il quale non fosse stato dichiarato dal venditore; e che dietro tale istanza il venditore fosse stato condannato a pagare una determinata somma al compratore; il venditore chiamato di poi in garentia per la domanda per cui il compratore è stato condannato a cedere il fondo, sul prezzo che deve restituire al compratore dee dedurre la somma che il compratore ha già percepita a motivo della mancanza o pel peso non dichiarato. Detta somma era la restituzione di una parte del prezzo che il venditore gli ha già fatta, egli quindi non dee restituire che il rimanente. *Facit. L.* 48. *ff. de evict.*

2.° Se il venditore, prima del contratto di vendita avesse fatti dei miglioramenti sul fondo che poscia ha venduto, e che il compratore, avesse ricevuto il prezzo di queste migliorazioni dal proprietario cui ha ceduto il podere, il venditore deve dedurre questa somma sul prezzo che deve restituire al compratore perchè il prezzo di detti miglioramenti ch' ei ha ricevuto, fa parte del prezzo pel quale la cosa gli è stata venduta, e per conseguenza avendo già ricevuta una parte del prezzo, il venditore non deve più restituirgli che il dippiù.

» 3.° Se il compratore abbia recate al fondo delle deteriorazioni, dalle quali abbia tratto profitto, *puta*, vendendo degli alberi di alto fusto, senza che sia stato obbligato a renderne conto a quegli cui è stato condannato di renderne il podere, egli deve dedurre sul prezzo del podere che il venditore deve restituirgli, la somma che ha ricevuta pel prezzo di questi alberi di alto fusto, atteso che è stato rimborsato del prezzo del podere fino alla concorrenza di detta somma.

» Il venditore non ha diritto di dedurre sul prezzo che dee restituire, le somme che ha già pagate per far cessare altre precedenti evizioni, ammenochè non sia il compratore quegli che ha ricevute dette somme. Per es. voi mi avete venduto come apparentemente a voi un podere che apparteneva a Pietro. Dietro l' istanza in rivendicazione promossa da Pietro contro di me, io vi ho chiamato in garentia, e voi avete transatto contro Pietro, il quale per una somma che gli avete data ha desistito dalla sua domanda: in seguito io sono stato obbligato a cedere lo stesso podere a Giacomo, il quale era chiamato ad una sostituzione del detto podere dopo la morte di Pietro. Sul prezzo che voi mi dovete restituire in conseguenza di tale evizione, voi non potete dedurre ciò che avete pagato a Pietro, poichè io non ho ricevuta quella somma; nè si può dire che per me voi l'abbiate pagata a Pietro, avvegnacchè io nulla gli doveva; voi eravate obbligato a far cessare l'evizione di Pietro; e fu per adempire alla vostra obbligazione, che voi avete pagato a Pietro. Difendendomi però dall' evizione di Pietro, non restavate perciò meno obbligato di difendermi, o d' indennizzarmi delle evizioni che io

potessi soffrire dalla parte di altri. Giacomo avendo rivendicato da me tutto il fondo, deve pure per intiero essermi restituito il prezzo. *Caballinus*, *de evict. in addition.* nella grande raccolta, pagine 104, e 105.

» *Secondo oggetto della condanna*. Se il compratore è stato obbligato a restituire i frutti che ha percepiti, il venditore suo garante deve esser condannato ad indennizzarlo di questa condanna.

» Quando però il venditore chiamato in garentia, dichiarasse al compratore che egli non ha mezzi per difenderlo, se offrisse di restituirgli il prezzo, e d'indennizzarlo intieramente dell'evizione, e che il compratore, malgrado le anzidette offerte volesse sostenere la lite, consegnando il prezzo, potrebbe il venditore liberarsi dall'obbligo di rimborsare il compratore della restituzione dei frutti percepiti dopo le offerte, durante il corso della causa. Imperciocchè avendo il venditore offerto al compratore tutto ciò che gli doveva, non deve soffrire perchè il compratore, senza aver riguardo alle sue offerte che doveva accettare, ha voluto sostenere contro l'attore una lite ingiusta. Del resto, io son di avviso che il venditore, per essere liberato da tale obbligazione, debba depositare il prezzo la di cui restituzione ha offerta; avvegnachè finchè il venditore non ne eseguisce la tradizione, e che conserva il godimento del prezzo che il compratore gli ha pagato, egli dee far godere al compratore la cosa venduta, la quale dee tener luogo al compratore del godimento che il venditore ha del prezzo che quegli gli ha pagato. Perciò il venditore deve indennizzare il compratore della restituzione di tali godimenti, quando questi sia condannato a restituirli all'attore originario.

» Similmente, quando il compratore sia stato condannato a render conto all'attore dei deterioramenti provenienti dal suo fatto o colpa, il venditore deve egualmente in alcuni casi indennizzarlo di questa condanna. Io ho detto, *in alcuni casi*, perciocchè devonsi fare a questo riguardo delle distinzioni.

» Quando le deteriorazioni siano tali che il compratore abbia da esse tratto profitto, e che per le predette degradazioni non sia stato condannato verso l'attore originario che della restituzione della somma di cui ha profittato, il venditore suo garante che gli restituisce il prezzo intiero da esso pagato, non è tenuto a risarcirlo anche di ciò che ha pagato riguardo alle dette deteriorazioni.

» *Finge*. Voi avete venduto un podere pel prezzo di 50,000 lire; io ho fatto abbattere un bosco di alto fusto che era in detto podere, che ho venduto pel prezzo di 10,000 lire; in seguito sono stato condannato a cedere il podere, ed a pagare all'attore la somma di 10,000 lire che io ho ricevuta pel prezzo del bosco di alto fusto; per l'azione di garentia che ho promossa contro di voi, voi non dovete esser condannato a pagare per me la riferita somma di 10,000 lire, oltre la restituzione che voi dovete farmi dell'intero prezzo di 50,000 lire che io vi ho pagate; perchè se così fosse, è evidente che io avrei il vantaggio di 10,000 lire a vostre spese, ciò che non permette l'equità.

» Vi è dippiù: non solo voi non siete obbligato di pagare questa somma per me; ma se io fossi stato condannato a cedere il fondo senza restituire questa somma, *puta*, su la dimanda di un creditore ipotecario, il quale ha soltanto il diritto di farsi cedere il fondo nello stato in cui trovasi quando egli esercita la sua ipoteca; voi sareste in diritto di diminuirmi sopra le 50,000 lire che vi ho pagate per l'intiero prezzo del podere, le 10,000 che ho ricevute pel prezzo del bosco di alto fusto; diversamente io riceverei due volte il prezzo del summentovato bosco: conciossiacchè il prezzo totale di 50,000 lire è il prezzo di tutte le cose che componevano il fondo al tempo della vendita che me ne avete fatta, e per conseguenza vi si trova compreso il prezzo del bosco di alto fusto.

» Relativamente alle deteriorazioni da cui il compratore non ha ricavato verun profitto, la questione non può cadere sopra il comprator di buona fede; perciocchè non deve ci essere responsabile verso l'attore originario delle deteriorazioni che ha fatte prima che avesse cognizione del diritto dell'attore. A ciascuno è permesso di trascurare i suoi beni particolari; non si può considerare come una colpa, che un uomo abbia lasciata deteriorare una cosa di cui ei aveva motivo di

credersi il vero proprietario, quantunque non lo fosse effettivamente: *Qui quasi suam rem negligit, nulli quaerelae subjectus est*, *L.* 31. §. 3. *ff. de petit. haered.* Non ostante, se per errore di diritto, il giudice mi avesse condannato, quantunque compratore di buona fede, a render conto dei deterioramenti da me cagionati al fondo che sono stato condannato a cedere, il venditore, che fosse stato da me chiamato in garentia, dovrebbe essere condannato ad indennizzarmene; perchè essendo obbligato di prendere la difesa del mio fatto e causa, deve a suo rischio assumere la difesa della lite, e per conseguenza tenermi rilevato dalle condanne giuste o ingiuste che si pronunciassero contro di me. Ma se io mi fossi lasciato condannare senza chiamare giudizialmente in garentia il venditore, potrebbe questi ricusarsi ad indennizzarmi di tale condanna, opponendomi esser seguito per mia colpa, e per essermi difeso male, che io sia stato condannato a render ragione di detti deterioramenti; che s' io lo avessi messo in causa, ei mi avrebbe difeso assai meglio, ed avrebbe impedito tale condanna.

» Affinchè però il venditore possa oppormi questa eccezione, è mestieri che ei stesso sia stato possessore di buona fede. Imperciocchè se era usurpatore del fondo, quantunque non sia stato da me giudizialmente chiamato in garentia, non potrebbe dispensarsi dal rimborsarmi di questa condanna, poichè quando anche io non vi fossi stato condannato, vi sarebbe stato tenuto personalmente egli medesimo, essendo un usurpatore responsabile tanto delle deteriorazioni da lui fatte, che di quelle fatte dai suoi successori.

» Ci rimane a parlare del caso in cui il compratore è stato condannato per deterioramenti fatti dopo che venne a sua notizia che ei non era proprietario del fondo, o che non lo era irrevocabilmente, e dalle quali non ha ricavato alcun profitto; come sarebbe, quando ei avesse strappata qualche vigna in buono stato per farne un giardino di piacere, o se detta vigna fosse divenuta in cattivo stato per non esservi state propaginate le viti e coltivate come è d' uopo, ec.; il venditore suo garante deve in siffatto caso tenerlo indenne da questa condanna. Imperciocchè quantunque il compratore in faccia dell' originario attore, abbia avuto torto di fare simili degradazioni, non ha però avuto torto in faccia al suo garante il quale non può rimproverargli per qual motivo le abbia fatte. Facendole, aveva diritto di contare sulla garentia che gli era stata promessa; egli aveva diritto di contare che il suo garante impedirebbe l' evizione, come se vi si fosse obbligato riacquistando la cosa dal proprietario. Il garante non può dunque avere alcun pretesto per dispensarsi dall' indennizzarlo di tale condanna.

» Egli dee indennizzarlo, quando anche non fosse stato giudizialmente chiamato in garentia; perciocchè in questo caso avendo dovuto il compratore esser condannato a motivo di tali deterioramenti, il garante non può, come nel precedente caso, opporgli che se egli fosse stato chiamato in garentia, non sarebbe seguita una tale condanna. Non ostante è da osservarsi che se fosse chiaro che le degradazioni sono state fatte con malizia, colla intenzione cioè di aggravare l' obbligazione del garante in un tempo in cui il compratore aveva motivo di prevedere una prossima domanda in evizione, il compratore in questo non dee avere alcun regresso per siffatti deterioramenti contro il suo garante; perciocchè *malitiis non est indulgendum.*

» Dopo la domanda, e durante la lite, il compratore, quando anche lo fosse di buona fede, non dee fare alcuna deteriorazione; e quando egli sia condannato per quelle che avesse fatte, non gli compete il diritto di regresso contro il suo garante.

» *Terzo oggetto.* In caso di evizione il venditore dev' esser condannato verso il compratore, non solo nelle spese fatte sopra la dimanda in garentia del compratore contro di esso, ma ancora nelle spese fatte rispetto alla domanda originaria tanto dal compratore, che dall' attore, qusndo il compratore vi sia stato condannato. Nondimeno non le deve che dsl giorno in cui è stato giudizialmente chiamato in garentia. Relativamente alle spese fatte prima che vi sia stato chiamato, egli non è tenuto che al pagamento della intimazione della domanda originaria: diversamente si potrebbe ruinare in ispese un venditore e senza di

lui saputa, e senza che egli potesse impedirlo. Quindi tostochè un compratore è stato citato in giudizio ad oggetto di cedere il fondo che gli è stato venduto, ei non dee differire a chiamar in garentia il suo venditore.

» Quando il venditore chiamato in garentia abbia significato all'acquirente che ei non aveva mezzi per difenderlo; che gli offriva di restituirgli il prezzo ricevuto, e d'indennizzarlo intieramente della evizione; se il compratore, non ostante queste offerte, abbia voluto sostenere la lite, e che sia stato perdente, non gli compete verun regresso contro il suo garante per le spese fatte dopo le offerte. Conciosiacchè il venditore avendo offerto tutto ciò che doveva, il compratore doveva contentarsene; e non dev'essere in suo arbitrio di far soggiacere il venditore, suo malgrado, alle spese di una lite ingiusta.

» *Quarto oggetto*. In caso di evizione il venditore dev'esser condannato nei danni ed interessi quando il compratore ne abbia sofferto al di là del prezzo che ha pagato, *in id quod supra pretium interest emptoris*.

» Allorchè la vendita sia stata fatta di buona fede, e che il venditore ignorava che la cosa ch'egli vendeva non gli apparteneva, o non gli apparteneva irrevocabilmente, i danni ed interessi cui il venditore dev'esser condannato in caso di evizione, egualmente che in mancanza di tradizione, non sono ordinariamente se non quelli che il compratore ha sofferti rispetto alla cosa medesima che gli è stata venduta, *propter rem ipsam non habitam*, e non quelli che l'evizione avrebbe potuto recargli altronde *extrinsecus* negli altri suoi beni.

» Questi danni ed interessi che soffre il compratore in caso di evizione riguardo alla cosa stessa, *propter rem ipsam*, sono, 1.°, tutti i legali pagamenti che ha fatti il compratore per l'acquisto della cosa di cui soffre evizione; avvegnachè tutti questi pagamenti divengono per esso una pura perdita. Tali sono le spese del contratto, dei sensali, dei profitti censuarj che ha pagati per la compera ec.; il pagamento delle ricognizioni e descrizioni e delle scritture che ha fatte: il venditore deve rimborsare il compratore di tutte queste cose.

» Quando anche l'evizione desse luogo alla rivendicazione dei profitti contro ai padroni diretti che li hanno ricevuti, il venditore non lascierebbe d'esser obbligato di rimborsarli al compratore, salva ad esso la ragione di esercitare i diritti del compratore contro quelli, che li han ricevuti. La ragione si è che il venditore dee rendere il compratore perfettamente indenne dell'evizione. Ma non lo sarebbe se fosse obbligato di avere una lite contro i padroni per la ripetizione dei profitti; perciocchè, oltrechè potrebbero questi non essere solvibili, avendo a sostenere una lite, non verrebbe ad essere indenne.

2. Quando la cosa che mi è stata venduta, dopo il cotratto sia aumentata di prezzo per le circostanze del tempo, questo maggior valore è per me una perdita che concerne la cosa medesima, e della quale io debbo essere indennizzato dal venditore. Per es. se una casa che io ho comperata per ventimila lire quindici anni fa, oggi che ne soffro l'evizione ne vale trentamila, il *id quanti mea interest eam habere licere* è del valore di trentamila lire; e per conseguenza di diecimila lire più del prezzo per cui l'ho comperata, e del quale il mio venditore deve indennizzarmi.

» Nondimeno, se in forza di circostanze che non si son potuto prevedere al tempo del contratto di vendita, fosse sopravvenuto un aumento immenso di prezzo sulla cosa venduta mi, in caso di evizione il venditore di buona fede non dovrebbe essere condannato a pagarmi la somma intiera che vale presentemente il podere, ed a cui in conseguenza ammontano i danni ed interessi risultanti dall'evizione; ma solo a pagarmi la somma la più alta quale han potuto immaginare le parti, alta al tempo del contratto, che potessero ammontare i danni ed interesi. *Pothier. Trat. del con. di vendita n.* 118 *a* 131.

» §. 51. Quando nell'epoca dell evizione
» la cosa venduta si trova diminuita di valo-
» re, notabilmente deteriorata, sia per ne-
» gligenza del compratore, sia per l'accidente
» di una forza irresistibile, il venditore è
» egualmente tenuto a restituire l'intero prez-
» zo. *Art.* 1477. *Leg. civ.*

» Questa decisione, dice Maleville, sem-

bra a prima giunta singolare. Il signor Faure tribuno ha cercato nella sua aringa di giustificarla, dicendo che il compratore non doveva immaginare che potesse succedere il caso della evizione, e che non si aveva quindi a recarglisi a colpa di aver usato della cosa comprata come padrone.

» Ma se il compratore pretendesse inoltre un risarcimento di danni, egli è certo, che questi danni dovrebbero diminuire in proporzione della diminuzione che avesse sofferto l'oggetto venduto prima della evizione. *Maleville. Osservaz. all'art.* 1631. *del cod. civ.*

Gerardo Noodt analizzando la *L. ex mille* 64 *D. de evictionib.* esamina la questione sul modo come dee considerarsi la deteriorazione, o la perdita del fondo su di cui vi è l'evizione.

» Si fundus evictus deinde auctus aut deminutus sit, dubitatur, utrum praestanda duplae aestimatio sit pro modo qui fuit tempore venditionis. Hanc quaestionem non minus diligenter, quam subtiliter tractat Papinianus *L.* 64. *D. h. t.* nec pigebit me, ejus doctrinam aliqua cum cura examinare. Verba principii talia sunt: *Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit: si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur; nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit: si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio: non magis quam si incuria fundus, aut servus traditus deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Si extat in omnibus editionibus, quas videre mihi licuit; sed mera nox est, nec est, qui in tenebris eunti lumen praeferat idoneum, ne Cujacius quidem *lib.* 26. *Observ. c.* 37, non animadverso ab egregio illo viro, corrupta esse haec verba: *duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur.* Mea opinione scribendum *duplae stipulatio pro parte quarta non quinta praestabitur.* Hoc postulat subjecta ratio: *nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.* Ea ratio retenta vetere scriptura plane falsa, mea conjectura fit optima, et Papiniano condigna. Ecce: Aliquis vendidit mille jugera, his emptori traditis ita, ut oportet flumen ducenta abstulit: postea tertius pro indiviso evincit ducenta: pro qua parte aestimanda est dupla evictae partis, pro quarta an pro quinta? refert, quodnam inspici debeat tempus traditionis, an evictionis: illo ducenta efficiebant quintam de mille: hoc quartam de octingentis. Papinianus voluit, mihi sic videtur duplae aestimationem praestari pro quarta non pro quinta: hac ratione verissima: *nam quod periit damnum emptori, non venditori attulit.* Spectavit modum fundi, qui fuit tempore evictionis, etsi major fuerit tempore venditionis (quod unica corrigit actio ex dupla) magis est ablatum casu: ad banc non pertinente: periit igitur emptori: venditori non periit. Hoc si jugeribus ducentis flumine ablatis postea ducenta evincantur. *Quid si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit?* Papinianus, *jure*, inquit; *non deminuetur evictionis obligatio.* Quo fundamento? Hoc puta, quod in actione ex dupla solum quaeritur quid in stipulationem venerit: nam quanti interait id venisse *L.* 38. §. 17. *D. de verb. oblig.* in proposito autem in eam venit fundus venditus, idem qui nunc est evictus et totus, licet deminutus: igitur deminuto fundo evicto jure non deminuetur evictionis obligatio; quia in hac stipulatione non refert, quantus in eam venerit fundus: sed an venerit, venisse autem, negari nequit, quia Papinianus hoc ne alicui esset obscurum, illustrat similitudine fundi aut servi, qui incuria sit deterior factus, nec propterea alius habetur, quam fuit, quantumvis mutatis aut minutis aliquibus particulis. *Gerardi Nood. Com. ad lib.* 21. *tit. de evictionibus.*

» Sebbene il pagamento dell'aumento di prezzo dell'immobile, dice poi Delvincourt, non debba aver luogo che a titolo di risarcimento de' danni ed interessi, non bisogna però dedurne *a contrario* che il venditore non sia tenuto a restituire che una parte del prezzo, se la cosa venduta si trova diminuita di valore anche per negligenza del compratore (a) l'articolo 1631 (1477) decide anzi espressamente il contrario stabilendo, che in questo caso il venditore è tenuto egualmente a restituire la totalità del prezzo (b).

» (a) *Qui rem quasi suam neglexit nulli querelae subjectus est. L.* 31. §. 3. *D. de heredit. petit.* Si oppone a questa disposizione

quella dell'articolo 2175 (2069) il quale ai creditori che hanno ipoteca su di un immobile, e che ne fanno la spropriazione contro il terzo detentore, accorda un'azione per l'indennità, a motivo delle deteriorazioni provenienti dal suo fatto o dalla sua negligenza. Ma riflettete che in questo articolo la discussione ha luogo tra il terzo detentore, ed i creditori; che riguardo a questi ultimi il compratore non può considerare la cosa come sua finchè non l'ha purgata dalle ipoteche; imperciocchè ad ogni momento egli può attendere di vedersi espropriato per effetto di un azione ipotecaria. Ma nell'articolo 1631 (1477) la discussione ha luogo tra il compratore ed il venditore: ora riguardo a questi il compratore è in dritto di credersi proprietario; mentre il venditore essendo presunto di avergli trasmessa la proprietà dell'oggetto, ed avendoglie!a garantito, non può in seguito opporgli che non ha dovuto credersi proprietario: ciò sarebbe trarre argomento dal proprio dolo, il che non è ammessibile.

»(b) Si è adottato, e con ragione il sentimento di Pothier opposto a quello di Domat. Nè osta l'articolo 1633 (1479) il quale obbliga il venditore a restituire la plusvalenza che ha potuto sopravvenire nel fondo; dal che si potrebbe conchiudere, come lo diciamo nel testo, che se diminuito di valore, egli deve profittarne dietro la regola *eumdem sequuntur commoda quem sequuntur onera*. Ma bisogna distinguere due cose nell'articolo 1635: prima la risoluzione della vendita, quindi i danni ed interessi. In generale tutte le volte che la vendita è risoluta, il prezzo rimane senza causa nelle mani del venditore; onde può ripetersi in virtù dell'azione detta *condictio sine causa*. Ora la vendita è risoluta nell'articolo 1631 (1477) come nell'articolo 1633(1479); il prezzo intero deve dunque in ambi i casi essere restituito. Quanto ai danni ed interessi, è chiaro che non sono dovuti allorchè la cosa è diminuita di valore, poichè la risoluzione della vendita è allora vantaggiosa al compratore anzichè recargli pregiudizio. Questo è il caso dell'articolo 1631. Ma son dovuti quando il valore della cosa è aumentato; ed allora si compongono dalla plusvalenza: ecco il caso dell'articolo 1635.

» *Quid*, se sia stato venduto e quindi evitto un usufrutto? La restituzione del prezzo dovrà diminuire in ragione della durata del godimento del compratore, cioè a dire che per ogni annata di godimento, si dovrà stimare l'eccedenza della vendita dell'usufrutto sull'interesse pagato dal compratore, e diminuire in conseguenza di ciò la restituzione da farsi dal venditore.

» L'usufrutto di un fondo è stato venduto 60000 fr. Questo fondo, detratte le spese usufruttuarie, rende 6000 franchi l'anno. Il compratore essendo stato spropriato dopo sei anni di godimento, ha dunque percepito 36000 franchi. Ma egli ha perduto l'interesse di 60000 franchi, che per li sei anni ammonta a 18000; restano dunque 18000 franchi che debbono dedursi sul prezzo il quale si troverà così ridotto a 42000, oltre i danni ed interessi se vi ha luogo.

» Sembrerebbe risultare da questo calcolo che se l'evizione non ha luogo che dopo venti anni di godimento, il compratore non avrà da ripetere alcun prezzo; giacchè egli ha ricevuto 120,000 franchi, ha perduto l'interesse di 60000 per venti anni, eguale a 60000 fr., ne restano netti altri 60000, somma eguale al prezzo pagato: ciò è vero; ma siccome egli certamente soffre un pregiudizio risultante dalla perdita dell'usufrutto che avrebbe dovuto conservare fino alla sua morte, potrà ripetere il risarcimento de'danni ed interessi dal suo venditore, il quale sarà tenuto a bonificargli per tutti gli anni una somma eguale a quella che, dedotti tutti i pesi, egli avrebbe ritirata dal fondo sottoposto all'usufrutto. *Delvincourt. Corso di Cod. civ. Vol. 8. nota 77, e 78 al tit. 2.*

Intanto è util cosa conoscere i casi particolari enunciati da Pothier, i quali danno luogo a molte questioni in riguardo all'azione di garentia.

» *Primo caso.* Un proprietario di tre quarti soltanto per indiviso di una prateria di mille jugeri, mi ha venduta detta prateria intiera come ad esso spettante pel totale. Dopo il fiume ha trasportati via due cento jugeri della riferita prateria: il proprietsrrio del quarto della medesima ha rivendicato da me il quarto di ciò che ne rimaneva; il quarto

ascende a due cento jugeri; si domanda per quale parte io vengo considerato soffrire evizione del fondo che mi è stato venduto, e per quale parte di prezzo io ho diritto all' azione di garentia contro il mio venditore.]

» A prima vista pare che l'evizione che io soffro in questo caso sia del quarto della prateria che mi è stata venduta, perchè l'attore era realmente proprietario del quarto: egli ha rivendicato questo quarto; io sono stato obbligato a rilasciarglielo: io quindi soffro l'evizione del quarto, ed in conseguenza il mio venditore mi dee restituire il quarto del prezzo. È vero che la perdita cagionata dal fiume ha diminuito il mentovato quarto del quale io soffro l'evizione, e che di 250 jugeri in cui consisteva, è stato ridotto a 200. In conformità però dei principj qui sopra stabiliti, il venditore non deve profittare della deteriorazione sopravvenuta nella cosa, di cui ha sofferta evizione il compratore, e non può ritenere per ciò la menoma parte del prezzo di questa cosa che non ha avuto diritto di vendere, e di cui non ha potuto far godere il compratore. Malgrado siffatte ragioni, Papiniano, nella legge *ex mille* 64. *ff. de evict.* decide, che in questo caso non si considera che io soffra se non l'evizione della quinta parte del fondo che mi è stato venduto, e che in conseguenza l'azione *de evictione* non è aperta che per la quinta parte del prezzo: *Stipulatio duplae*, ei dice, *pro parte quinta, non quarta praestabitur; nam quod periit, damnum emptori non venditori attulit.* Questa ragione che adduce Papiniano della sua decisione in istile laconico, secondo il suo costume, ha bisogno di essere sviluppata. La perdita di 200 jugeri che ha recata il fiume, è una perdita cagionata da un caso fortuito, e da una forza irresistibile, la quale per conseguenza non può cadere che sul compratore, a di cui rischio, dopo il contratto, rimane la cosa venduta. Il venditore non può esser tenuto di questa perdita nemmeno pel quarto che non gli apparteneva in que' 200 jugeri trasportati dal fiume, e che era soggetto all'evizione. Conciosiachè, onde vi sia luogo all' azione *ex stipulatione*, non basta che la cosa sia stata sottoposta all' evizione, ma bisogna che il compratore l'abbia realmente sofferta: ora il proprietario del quarto della prateria, che ha promossa contro di me la domanda in rivendicazione, con detta domanda, e colla sentenza che l'ha seguita non ha potuto rivendicare da me il quarto che ad esso apparteneva ne' 200 jugeri portati via dal fiume, non potendo rivendicarsi ciò che più non esiste; io non ho sofferto da lui che l'evizione del quarto degli 800 jugeri; e questo quarto essendo di 200 jugeri, non è che la quinta parte della prateria di mille jugeri che mi è stata venduta. Io non ho quindi sofferta l'evizione che della quinta parte, e per conseguenza non possono pretendere la restituzione che della quinta parte del prezzo. Questa questione nulla contiene che sia in opposizione ai principj che abbiamo stabiliti, che il venditore non dee profittare della deteriorazione, e svilimento di prezzo della cosa di cui il compratore ha sofferta evizione, e che perciò il venditore non deve ritenere una parte del prezzo. Questi principj riceverebbero la loro applicazione, se il fiume avesse arrenata la prateria che mi è stata venduta, senza nulla trasportarne altrove. Quantunque al tempo dell'evizione ella valesse appena la decima parte del prezzo pel quale mi è stata venduta, io non avrei meno il diritto di ripetere il quarto del prezzo, perciocchè in questo caso, io ho realmente sofferta l'evizione del quarto della cosa che mi è stata venduta, e che il venditore non avendo potuto per questo quarto adempire l'obbligazione che aveva contratta di farmene godere, non ha il diritto di ritenere il prezzo di questo quarto. Non è però contrario ai nostri principj che indirettamente tragga vantaggio, nel caso della legge *ex mille*, dalla circostanza de' 200 jugeri trasportati dal fiume, perciocchè il quarto che il suo comproprietario aveva ne' mille jugeri venduti, essendo per questa perdita ridotto ad un quinto dei detti mille jugeri, io non posso più soggiacere all'evizione che del quinto della cosa che mi è stata venduta, nè per conseguenza avere contro il mio venditore l'azione che per un quinto. In tale caso egli profitta indirettamente di detta perdita, egualmente che profitterebbe indirettamente della perdita di tutta la

prateria, se il fiume l'avesse trasportata per intiero, perciocchè non potrebbe più esservi luogo ad evizione veruna.

» Questa decisione ha luogo, quando il venditore che ha venduta la cosa altrui, l'abbia venduta in buona fede, credendo che essa gli apparteneva; lo che si deve sempre supporre, finchè non venga giustificato il contrario. Conciossiacchè il venditore non è tenuto precisamente a trasferire la proprietà della cosa al compratore, ma soltanto a difenderlo dalle evizioni. *Venditor hactenus tenetur ut emptori rem habere liceat, non etiam ut ejus faciat*, *L.* 30. §. 1., *ff. de act. empt. Qui vendidit necesse non habet fundam emptoris facere*, *L.* 35., §. 1., *ff. de cont. empt.* Perciò il venditore, quantunque abbia venduta la cosa altrui non ha mancato alla sua obbligazione, quando il compratore non ha sofferto alcuna evizione di detta cosa, e la sua obbligazione si trova consumata quando colla estinzione della cosa, cessa il compratore di poter soggiacere alla evizione.

» Non sarebbe lo stesso nel caso in cui il venditore che ha venduta la prateria come una cosa ad esso spettante in totalità, avesse avuto contezza al tempo del contratto, che essa per un quarto non era di sua ragione. La perdita de' 200 jugeri recata dal fiume non lo esonererebbe allora dalla restituzione dell' intiero quarto del prezzo. Conciossiachè non si può dire, come nel caso del venditore di buona fede, che abbia soddisfatto le sue obbligazioni rispetto a ciò che è perito; attesochè in questo caso esso ha mancato alla obbligazione che la buona fede impone ai contraenti nel contratto di vendita, vendendo come a lui spettante una cosa che sapeva non appartenergli. Da questo dolo nasce un'azione la quale ha effetto contro di lui prima che il compratore soffra l'evizione della cosa, *dict. L.* 30., 1., *ff. de act. empt.* e che non si estingue colla perdita della cosa vendita, non dovendo il venditore profittare del suo dolo e ritenere il prezzo di una cosa che ha venduta di male fede.

» *Secondo caso.* Papiniano, nella legge *ex mille*, propone un'altra questione. Ritenendo la stessa supposizione, di una prateria di mille jugeri che mi è stata venduta, e di cui il fiume ne ha portati via 200, egli domanda, se avendo sofferta dipoi l'evizione di ciò che mi rimaneva, sulla domanda in rivendicazione del proprietario della intiera prateria che mi è stata venduta, io abbia l'azione per l'intiero prezzo, o soltanto per li quattro quinti contro quegli che me l'ha venduta di buona fede. Giusta il ragionamento che abbiamo esposto per decidere la questione precedente, sembra che io non debba avere l'azione se non per quattro quinti dei mille jugeri che mi sono stati venduti, e non pel totale; avvegnachè gli 800 jugeri che rimanevano, e dei quali io ho sofferta evizione, non sono che i quattro quinti dei mille che mi sono stati venduti, e non il totale; io non ho potuto soggiacere all'evizione dell'altro quinto, che il fiume ha portato via: la perdita che io ho sofferta non può essere attribuita ad alcuna evizione, ma ad una forza irresistibile la quale deve cadere sopra di me che sono il compratore. Non ostante tali ragioni, Papiniano decide che il venditore è risponsabile in tale caso dell' evizione pel totale: *Si totus fundus quem flumen diminuerat evictus sit jure, non diminuetur evictionis obligatio non magis quam si fundus deterior factus sit.* Molineo *tract. de eo quod interest*, *n.* 111, 112, 113 e 114, ammette e conferma questa decisione egualmente come la precedente. La ragione della differenza ch' egli adduce si è, che il proprietario del totale del fondo che mi è stato venduto, avendo rivendicato da me detto fondo per tutto ciò che me ne rimane, una tale evizione non può considerarsi se non per una evizione totale, la quale per conseguenza deve obbligare il venditore *evictionis nomine* pel totale. *Toto residuo, jure totius, evicto, verba stipulationis verificantur in toto, quia totum residuum est totus fundus, et totus evicitur*; *dict. n.* 113. Se si oppone che gli 800 jugeri che mi rimangono, e di cui io soffro evizione, non sono che una parte dei mille che mi sono stati venduti, si risponde che, quantunque al tempo del contratto non fossero che una parte della prateria venduta, essi però sono divenuti il totale per la perdita del resto, ed io ne soffro l'evizione come di un totale, e non di una parte. Al con-

trario nel caso della questione precedente, l'evizione che io soffro è l'evizione di una *parte*, e per conseguenza non può essa produrre l'azione *evictione* che per una parte; *locus esse potest benignae interpretationi in hoc casu*, dice Caillet *ad dict. l.* Quantunque la parte che aveva l'attore all'epoca del contratto, sia stato il quarto de' mille jugeri che mi sono stati venduti, nondimeno la perdita cagionata dal fiume avendo ridotta la detta parte a 200 jugeri indivisi, i quali non formano più della quinta parte dei mille che mi sono stati venduti, ed in conseguenza l'evizione ch'io soffro trovandosi non essere effettivamente di più della quinta parte, non deve esservi luogo *all'azione dell'evizione* che per la quinta parte: *Ex quo formula evictionis semel limitatur* ad partem *necesse est ut limitetur ad partem realiter per evictionem oblatam*, *dict. n.* 113.

» La distituzione tra le due specie che fa Papiniano, mi sembra avere più sottigliezza che solidità. La stessa ragione che ha fatto decidere nella prima specie della legge *ex mille*, che il venditore non dee restituire il prezzo del quarto che l'attore aveva nei 200 jugeri portati via dal fiume, mi sembra dover far decidere del pari in questa che non debba restituire il prezzo di questi 200 jugeri; conciossiachè nell'uno e nell'altro caso si scorge la stessa ragione di giudicare; vale a dire, che non ha potuto il compratore soffrire l'evizione di ciò che più non esisteva, e che non vi è luogo all'azione *de evictione* che rispetto a ciò che è stato effettivamente costretto di cedere: la ragione della differenza addotta da Molineo è più ingegnosa che solida.

» Nel secondo caso, quando anche la decisione di Papiniano dovesse praticarsi, essa non potrebbe esserlo che allorchè quegli che avesse rivendicato da me gli 800 jugeri che mi restavano, fosse stato il proprietario dei mille che mi sono venduti: se però egli era proprietario solo degli ottocento che mi restavano, e che non lo fosse della parte che è stata portata via dal fiume, in questo caso non può esservi dubbio che una tale evizione non possa considerarsi una evizione totale pel totale di ciò che mi è stato venduto, che mi dà l'azione contro il mio venditore; poichè l'attore che mi ha obbligato a cedere, non essendo stato giammai proprietario di tutto ciò che mi è stato venduto, ma solamente di una parte, quantunque questa sia la sola che rimanga, non ha potuto promovere contro di me l'evizione che *jure hujus partis et non jure totius*, come nel precedente caso. In conseguenza il venditore in questo caso non può essere risponsabile che in proporzione di detta parte, vale a dire, pei quattro quinti, *Molin. n.* 117.

» Se mi siano state vendute per un solo ed unico prezzo di 10000 lire due praterie separate della misura di 500 jugeri ciascuna, e di eguale bontà, l'una delle quali apparteneva al mio venditore, e l'altra ad un terzo, e che dopo che il fiume ha trasportati via 200 jugeri di quella che apparteneva al terzo, questi abbia rivendicato da me i trecento jugeri che rimangono, in questo caso non v'ha dubbio che debbasi decidere come nella prima questione, e per le ragioni ivi dedotte, che non essendo i detti trecento jugeri che tre decimi dei mille che mi sono stati venduti, il venditore non è risponsabile dell'evizione che pei tre decimi del prezzo: ma se le due praterie siano state vendute con separati prezzi, in questo caso essendovi due separate vendite, ha luogo l'evizione totale di una delle due vendite, ed allora si verifica il caso della seconda questione. *Molin. n.* 118.

» *Terzo caso.* Papiniano, *dict. l.* §. 1, propone una terza questione. Egli suppone che la prateria di mille jugeri che è stata venduta dopo il contratto, sia stata accresciuta da una alluvione, per cui attualmente sia di 1200 jugeri. Il proprietario di una quinta porzione per indiviso di questa prateria mi ha fatto condannare a rilasciargli la sua quinta parte, la quale, attesa la menzionata alluvione, trovasi essere di 240 jugeri: ei domanda se sarà tenuto in questo caso *de evictione* solo per una quinta parte, ovvero per una porzione maggiore, perchè i 240 jugeri dei quali soffro l'evizione, sono dippiù del quinto dei mille che mi sono stati venduti. Decide egli che il venditore non è tenuto se non al quinto. La ragione è che effettivamente io non soggiaccio all'evizione che della quinta parte dei

mille jugeri che mi sono stati venduti. I quaranta di più che sono obbligato a rilasciare fanno parte piuttosto dell'accrescimento sopravvenuto, che di ciò che mi è stato venduto: Quindi rispetto a ciò che concerne la stipulazione *de evictione*, e l'obbligazione della restituzione del prezzo, il venditore non è tenuto che della evizione di ciò che ha venduto, e non di ciò che vi si è aggiunto: *Alluvionis periculum non praestat venditor. dict. L.* §. 1.

» Si osservi che quantunque la predetta decisione di Papiniano, ed il principio su di cui l'appoggia, *alluvionis periculum non praestat venditor*, non cadono che sopra l'azione *ex stipulatione duplae* di cui si tratta nella legge 64, si può similmente applicare al primo capo dell' azione *ex empto* il quale concerne la semplice restituzione del prezzo. Rispetto però al secondo capo di quest'azione, il quale ha luogo contro il venditore *in id quod supra pretium pluris interest emptoris rem evictam non esse*, la perdita che ha fatta il compratore dei quaranta jugeri i quali formano parte dell'accrescimento sopravvenuto al fondo in forza dell'alluvione, viene considerato, e non si può dire a questo riguardo che *periculum alluvionis non praestat venditor*; perchè ogni aumento della cosa deve essere annoverato tra i danni ed interessi, come noi l'abbiamo veduto più sopra.

» *Quarto caso.* Papiniano infine, *dict. L.* §. 2. propone una quarta questione. Suppone ei che il fiume abbia portato via 200 jugeri della prateria di mille a me venduta, ma che in seguito abbia fatto da un altro lato l'accrescimento di eguale quantità di 200 jugeri, indi sulla domanda in rivendicazione del proprietario per una quinta parte di detta prateria, io ho sofferta l'evizione della quinta parte di detta prateria, ascendente a 200 jugeri. Papiniano domanda, se il venditore in tal caso sia tenuto per una quinta parte, ovvero per una porzione minore, e decide, conformemente alle precedenti decisioni, non esser tenuto per una quinta porzione, ma soltanto *in pro rata* de' 160 jugeri; perciocchè i quaranta di più che sono stati rilasciati non fanno tanto parte dei mille jugeri venduti, quanto dell'accrescimento dei 200 jugeri, *cujus alluvionis periculum non praestat venditor*, come ha detto nella precedente questione. Molineo n. 116 e 117 adotta siffatta decisione, osservando però, come l'abbiam fatto riflettere nella question precedente, che questa decisione, del pari che la precedente non cade che sull'azione, *ex stipulatione duplae*, e sul primo capo dell'azione *ex empto*, la quale non concerne che la restituzione del prezzo, e non sul secondo che riguarda *quod supra pretium emptoris interest.*

» Questa distinzione tra i due capi dell'azione *ex empto* si rischiarirà con un esempio. Supponiamo che, nel proposto caso, la prateria di mille jugeri sia stata venduta mille doppie, lo che è in ragione di una doppia per ciascun jugero; il compratore nel proposto caso sarà creditore di cento sessanta doppie, in virtù del primo capo dell'azione *ex empto*, la quale concerne la restituzione del prezzo; perciocchè la restituzione non gli è dovuta che del prezzo di cento sessanta jugeri i quali fanno parte di quelli che sono stati venduti, e non degli altri quaranta che fanno parte dell'alluvione; quantunque il valore intrinseco o estrinseco di detti fondi sia aumentato o diminuito, di detta somma di cento sessanta doppie ei sarà creditore in forza del primo capo dell'azione *ex empto*, il quale non concerne che la restituzione del prezzo. Relativamente però al secondo capo dell'azione *ex empto*, il quale si riferisce all'*id quod supra pretium emptoris interest habere licere*, il totale dei due cento jugeri de' quali il compratore soffre evizione, entra in considerazione, e comprende tanto ciò che forma parte di ciò che è stato venduto, quanto quello che fa parte dell'accrescimento. Perciò se al tempo dell'evizione i detti due cento jugeri abbiano un valor maggiore della somma delle cento sessanta doppie che è dovuta per la restituzione del prezzo, ciò che essi valgono di più sarà dovuto al compratore in virtù di questo secondo capo dell'azione *ex empto*: ma se la prateria fosse stata deteriorata in guisa, che all'epoca dell'evizione i duecento jugeri non valessero dippiù, o anche valessero meno delle cento sessanta doppie, il compratore non potrebbe pretender niente di più.

» Nel caso che noi abbiamo esposto, Pa-

piniano suppone che l'alluvione dei duecento jugeri, siasi fatta da un altro lato di fondo. Avrebbe essa luogo la stessa decisione, se l'alluvione fosse seguita dal lato medesimo dal quale precedentemente erano stati portati via i duecento jugeri? Cujacio *in Ppin.*, su questo §., inclina a decidere in questo caso che il venditore dovrebbe esser tenuto per la quinta parte, e che in questo caso debba considerarsi che li duecento jugeri accresciuti dall'alluvione siano quelli medesimi che il fiume mi aveva tolti, e che si considera avermi restituiti. Molineo però, *n.* 119, decide con ragione ch'è mestieri adottare la stessa decisione, purchè detto accrescimento sia stato prodotto *ex intervallo* e non *in continenti* dopo che li duecento jugeri sooo stati portati via dal fiume: avvegnachè questo accrescimento che ha formato l'alluvione la quale seguì *ex intervallo* è un nuovo accrescimento il quale non può sembrare formato da ciò che aveva trasportato il fiume.

» *Quinto caso.* Mi è stato venduto l'utile dominio di una casa di cui rimaneva soltanto il godimento per anni trenta; ella non apparteneva al venditore, e dopo che io ne ho goduto per anni venticinque ho sofferta l'evizione per parte di colui a cui essa apparteneva, e sono stato obbligato a cedergliela, senza però alcuna restituzione dei frutti; poss'io ripetere dal mio venditore l'intero prezzo pel quale mi è stata venduta? La ragione di dubitare si deduce dai nostri principj, che non si considera lo stato nel quale si trova la cosa rivendicata se non rispetto al secondo capo dell'azione *ex empto*, il quale è il *quod interest emptoris*; ma quanto al primo, il quale è la restituzione del prezzo, non vi si ha alcun riguardo; e per quanto deteriorata e svilita si trovi la cosa rivendicata dal compratore, l'obbligazione del venditore riguardo a questo primo oggetto, non viene per verun modo diminuita. *Non diminuetur evictionis obligatio, si fundus aut servus traditus deterior factus sit. L.* 64. *ff. de evict.* Bisogna però decidere al contrario che il venditore non deve, in questo caso, restituire il prezzo se non in proporzione del tempo che rimaneva a decorrere di questo dominio utile al tempo dell'evizione.

» È vero che quando tutta la cosa la quale è stata venduta, viene rivendicata, qualunque sia il suo deterioramento e diminuzione di valore, il venditore è tenuto alla restituzione del prezzo intiero, perchè non ha adempita in alcuna parte la sua obbligazione. Per es. se mi è stato venduto un fondo, all'evizione del quale io soggiaccio, quantunque dopo il contratto, essendo stato totalmente arenato da una inondazione, non valga la decima parte del prezzo per cui è stato venduto, il venditore non lascerà di esser obbligato di restituirmi l'intero prezzo. Nel nostro caso però la cosa venduta, essendo un essere successivo consistente nel godimento per una certa misura di tempo, vale a dire, in un godimento di trent'anni, il godimento degli ultimi cinque anni, rispetto ai quali io soffro evizione, non è tutta la cosa che mi è stata venduta, ma è la sesta parte. Il venditore quindi non manca alla sua obbligazione di farmi godere che per detta sesta parte; egli vi ha soddisfatto per il dippiù, *praestitit mihi habere licere.* E però ei non dev'essere responsabile di tale evizione se non per la sesta parte del prezzo, altrimenti avrei e la cosa ed il prezzo ad un tempo stesso.

» Si osservi che quando l'utile dominio di cui io soffro evizione pe' cinque anni che hanno a decorrere, in forza di un aumento intrinseco o estrinseco sopravvenuto nel fondo, si trovi essere di un maggior valore che il sesto del prezzo per cui mi è stato venduto, il venditore, *ex secundo capite actionis ex empto*, è tenuto verso di me per ciò che il detto dominio vale dippiù.

» Ciò che abbiam deciso per un utile dominio, si applica al diritto di usufrutto. Se all'età di anni trenta io ho comperato il diritto di usufrutto di un fondo, e che dopo averne goduto durante cinquant'anni, io ne soffra l'evizione all'età di anni ottanta, è cosa certa che questo diritto di usufrutto alla cui evizione io soggiaccio, non è che una piccola parte del diritto che mi è stato venduto, e che questa evizione non dee dar luogo alla restituzione dell'intiero prezzo; ma si deve stimare ciò che vale pel tempo incerto che resta a vivere, ovvero condannare il venditore a costituirmi, durante il tempo che mi

rimane a vivere, una rendita vitalizia di valore eguale a quella del fondo.

» Se la rendita di questo diritto di usufrutto fosse diminuita dopo il contratto, la rendita vitalizia cui si condannasse il venditore, per tenermi luogo della restituzione del prezzo di ciò che avanza del diritto di usufrutto di cui soffro evizione, non deve essere solamente del valore attuale della rendita, ma del valore di detta rendita al tempo del contratto; perciocchè il venditore deve restituire il prezzo che valeva al tempo del contratto la cosa rivendicata, e pel quale fu essa venduta, quantunque si trovi diminuita di valore al tempo dell'evizione.

» Al contrario, se la rendita è aumentata dopo il contratto, la rendita vitalizia dovrebbe essere di eguale valore alla rendita presente, in conseguenza della seconda obbligazione per la quale il venditore è tenuto in caso di evizione verso il compratore, *in id omne quod supra pretium emptoris interest habere licere*.

» *Sesto caso*. Un padrone col suo testamento ha legata ai suoi schiavi la libertà, quando arrivassero all'età di anni 70; l'erede mi ha venduto uno di questi schiavi, il quale all'epoca del contratto aveva quarant'anni, senza avvisarmi della detta disposizione testamentaria di cui venni dopo informato. Trent'anni dopo lo schiavo riclama la sua libertà che gli è stata legata. Il mio venditore è garante di questa evizione che io soffro: dev'esser deciso come nei casi precedenti, essere il venditore tenuto alla restituzione del prezzo in proporzione di ciò a che si può calcolare il rimanente di tempo che può vivere il detto schiavo? A prima vista pare che si debba decidere al contrario, vale a dire che sia tenuto alla restituzione dell'intiero prezzo, e che questo caso è differente dai precedenti; perciocchè in tale caso la cosa venduta non è, come nei casi precedenti, un essere morale, successivo e visibile, il quale consista nel misurato godimento di un tempo determinato. Lo schiavo che mi è stato venduto è un essere fisico ed indivisibile; non si può dire che questo schiavo settuagenario, all'evizione del quale io soggiacqui, non fosse che una parte di quello che mi è stato venduto: esso è effettivamente ed integralmente quel medesimo il quale mi è stato venduto quando aveva solo quarant'anni; e quindi non si può negare che io abbia sofferta evizione di tutta la cosa che mi è stata venduta; e da ciò si crede poter concludere che il venditore sia tenuto alla restituzione del prezzo pel totale. Malgrado però tali ragioni, Molineo decide assai bene che il venditore in questo caso non è tenuto alla restituzione del prezzo che in proporzione di quello verrà stimato pel tempo incerto del rimanente della vita del detto schiavo. La ragione si è che, quantunque un uomo sia in se stesso un essere indivisibile, è però una specie di bene la cui durata non è perpetua e senza limiti, come quella di un fondo di terra o di una casa, ma che ha una durata limitata, cioè quella della sua vita; ed è su questa durata che se ne regola il prezzo, per cui nella vendita di uno schiavo, egualmente che nella vendita di un'enfiteusi o di un usufrutto, il prezzo della vendita è il prezzo di un tempo limitato di possesso e di godimento di detto schiavo di cui si è calcolata la verosimile durata di sua vita, e quando io soggiaccio alla di lui evizione dopo trent'anni di possesso e di godimento, il mio venditore ha soddisfatto nella massima parte alla obbligazione che ha contratta verso di me *preastare cum mihi habere licere*. Ei quindi non manca a tale obbligazione se non per quel poco tempo che rimane di vita al detto schiavo, e per conseguenza non è tenuto alla restituzione del prezzo che in proporzione dell'anzidetto tempo. Così c'insegna Molineo, *n.* 128. *In servo vendito, ex natura rei quae tempore finitur, constat non minus durationem vitae verisimiliter consideratam et appretiatam, quam in venditionem usufructus: vel emphyteosis temporalis; uterque ergo casus, temporis commensurationem et appretiationem recipit*. E precedentemente al *n.* 127 dice: *cum non venderetur res perpetuo durabilis, certum est non esse actum ut habere liceret perpetuo, sed ad tempus vitae quod verisimiliter praevisum, et aestimatum fuit, et ad verisimilem durationem majus vel minus definitum pretium.... cum ergo toto fere tempore vitae praevisae fruitus sit emptor, nec per evictionem absit nisi modicum, et fere inutile tempus, non potest totum pretium repetere*. Que-

ste cose sono in ciò assai differenti dai fondi di terra; avvegnachè nella vendita di questi, perpetua dovendo essere la loro durata, essa non si considera per regolarne il prezzo; e quando il compratore ne soffra evizione, qualunque sia il tempo pel quale ne abbia goduto prima dell'evizione, ciò non può diminuir nulla dall'intiero prezzo che il venditore era obbligato di fargli avere, e della quale lo priva l'evizione.

» Aggiungete un'altra ragione della differenza che espone Molineo, *n.* 126, ed è che rispetto ai fondi di terra, se il compratore ha goduto della cosa per qualche tempo prima dell'evizione, egli è stato a vicenda privato dell'interesse ed annualità del prezzo che ha pagato del quale ha goduto in sua vece il venditore; il quale interesse pareggia, o anche eccede ordinariamente la rendita del podere venduto; al contrario relativamente alle cose di breve durata, le rendite ordinariamente sorpassando di molto l'interesse del prezzo, il compratore che ha goduta la cosa, profitterebbe a spese del venditore, se gli venisse restituito l'intiero prezzo.

» La nostra decisione, riguardo alle cose di una limitata durata, ha luogo non solo nel caso in cui il venditore era il proprietario, e ne ha quindi trasferita la proprietà la quale ha durato fino al tempo dell'evento della condizione che ha operata l'evizione, ma ben anche nel caso in cui avesse venduta una cosa che non gli apparteneva affatto. Nell'uno e nell'altro caso dev'egli essere esonerato dalla restituzione del prezzo in proporzione del tempo del possesso e godimento che ne ha avuto il compratore. Imperciocchè quantunque il venditore non fosse al tempo del contratto proprietario della cosa che vendeva, nella sua qualità però di possessore di detta cosa, ne aveva i diritti in faccia di ogni persona che non fosse il vero proprietario; esso aveva diritto di goderla fino all'evizione, se non l'avesse venduta: è cosa estranea al compratore che il venditore sia stato o nò proprietario. Perchè debba quegli a questi il prezzo del godimento che ha avuto, basta che il venditore gli abbia fatto avere questo godimento. Molin. *n.* 130 *e* 131. *Pothier. Trat. del contr. di vendita n.* 153 *a* 164.

» §. 52. Se però il compratore ha ricava-
» to utile dai deterioramenti che ha fatti, il
» venditore ha dritto di ritenere sul prezzo
» una somma corrispondente a tal utile. *Art-*
» 1478. *Idem.*

Il ricavar utile dai deterioramenti, che il compratore ha fatti, ammette un uso arbitrario, ed illegittimo del fondo comprato. Da quest'uso risulta però non aversi altro di mira, che l'assicurazione di un vantaggio che vuol ritrarsi da un fondo, di cui se ne prevede la perdita. Quindi questo mezzo di un utile non lesle non doveva essere protetto a danno del venditore. D'altronde è ben da esaminarsi l'indole di tali deterioramenti. Non possano esser tali quelle diverse ripartizioni di cultura, in cui voglia mettersi un fondo. Una perizia la più diligente, ed esame farà dunque conoscere lo stato effettivo di tutte le novità, che il compratore abbia fatte, e vedere se possono offrire dei deterioramenti.

Il tribuno Faure fa inoltre osservare che » il venditore restituir dee il prezzo intero, benchè la cosa sia deteriorata, e quando anche lo sarebbe per negligenza del compratore. Costui non ha dovuto calcolare su la evizione? Non dee esser punito per aver fatto uso, come ha voluto, di una cosa di cui si credeva proprietario incommutabile.

» Le degradazioni, come gli alberi abattuti, di cui l'acquirente ha profittato, entrar debbono in deduzione del prezzo che gli si dee restituire; poichè questo profitto rappresentando una parte dell'oggetto venduto, l'acquirente riceverebbe due volte la stessa somma, se il venditore, che restituir dee quanto gli si è dato come rappresentativo della cosa intera ritener non potesse una somma eguale a questo vantaggio. *Esposiz. dei motivi sul cod. civ. n.* 71.

» §. 53. Se la cosa venduta si trovasse au-
» mentata di prezzo nel tempo dell'evizione,
» anche indipendentemente dal fatto del com-
» pratore, il venditore è tenuto a pagargli
» ciò che vale più del prezzo della vendita.
» *Art.* 1479. *Leg. civ.*

In questo aumento, secondo gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano, vengono anche comprese le spese fatte in perpetua utilità della cosa venduta.

» Super empti agri quaestione disceptabit praeses provinciae, et si portionem diversae partis esse cognoverit, impensas quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit; habita fructuum ratione restitui (*a domino vendicante*) vobis jubebit. Nam super pretio evictae portionis non eum qui dominium evicerit, sed auctricem conveniri consequens est. *L.* 16. *Cod. de evictionibus.*

Casus. Mulier vendidit mihi praedium, in eo meliorando impensas feci : si Titius partem praedii vendicat, et evincat, sumptus quos feci, habita ratione fructuum a Titio recuperabo, et ad pretium agam adversus mulierem. »

Dusreno però illustra la massima che evitta una parte della cosa venduta la evizione si considera pel tutto.

» Ad versum *etsi portionem diversae partis.* Quamvis pars rei duntaxat evicta sit, de evictione tamen actio datur, perinde atque si tota res evicta esset *L.* 1. *cod. tit.* et supra *h. t. L. si fines* ubi diximus. Sed ad hunc locum pertinet intelligere, an cum pro parte evictio contingit ejus partis aestimatio referenda sit ad totam rem quae tempore contractus fuit, an eam tantum quae tempore evictionis extat: ut si contigerit fundum qui venditus est post venditionem diminui, et deinde ejus evictio pro parte indivisa fiat. Et traditum est partem evictam accipi ratione habita ad tempus contractus quo res evicta est, ut diminutio vel augmentum in ipsa re contingens nihil addat vel detrahat aestimationi evictionis *L. ex mille in p. D. eod.* Damnum enim perfecto contractu, vel lucrum obveniens ad emptorem, non etiam ad venditorem spectat *L. id quod post emptionem. D. de per. et com. rei vend.* Idque procedit non tantum si pars rei evicta sit, sed etiam si totus fundus evincatur, ut etsi diminui vel augeri eum fundum contingat illius augmenti, vel diminutionis ratio nulla habeatur, sed ad tempus contractus aestimatio tota referenda sit. *d. L. ex mille.* §. *si totus.* Hoc certe interest inter utrunque casum, quod ibi pro parte tantum evictio contingat, illius quidem partis aestimatio fit secundum tempus contractus, sed deducta ea parte quae casu non per evictionem emptori ablata est, ubi vero quod superest totum evincitur etiam ejus partis, quae casu non per evictionem est, ratio habebitur, non quod ea pars evicta sit, sed quia nihil ex re vendita emptori reliquum est, quasi et tota res evicta esse videatur. Idque verum est, sive agatur actione ex empto, sive actione ex stipulatu, modo ad rei precium agatur, utroque enim casu augmenti vel diminutionis ratio nulla habebitur, sed ad tempus contractus pretii ratio referetur *L. si in venditione D. eod. L. Titia in fi. D. de jure dot. L. Rutilia Polla. de contrah. empt.* Sed si non ad rei pretium tantum agatur sed etiam ad id quod ultra pretium emptoris interest, rem evictam non esse actione ex empto proposita, augmenti item diminutionis ratio in aestimatione ejus quod interest haberi debet *L. evicta* 1. *L. sed si quid. L. evicta in fi. D. eod. L. Titius in fin. de act. empti.* Judicium empti non solum continet precium, sed etiam omne id, quod emptoris interest rem non evinci. At si actione ex stipulatu ad duplum agitur, cum ejus dupli aestimatio ad simplum referenda sit. Simplum autem esse intelligitur rei precium, vel aestimatio conventa *d. L. Titius.* conjuncta *L. cum forte D. de act. emp.* Et si pluris intersit emptoris, ejus tamen ratio non habebitur, quia loco ejus quod interest, vel quod interesse potuit stipulatio duplae intercessit. *L. fi. D. de praeto. stip. et* §. *fi. instit. de verb. oblig.* Unde potest dubitari parte rei evicta si ex empto in id quod interest agatur, quod duplum aestimationis rei excedere non debet *L. unica sup. de sentent.* quae pro eo quod interest; an id duplua ad partem tantum quae evincitur, et ad simplum totius aestimationis.

» Ad verba *habita fructuum ratione.* Imo fructuum ratio habenda non est, cum bonae fidei emptor fructus suos faciat, etiam si rem alienam emerit quia loco domini habetur quod attinet ad fructuum perceptionem *L. bonae fidei D. de acq. rer. dem.* Sin autem malae fidei emptor fuerit in specie hujus legis qui rem alienam sciens comparavit, de evictione actionem non habet *L. si fundum. inf. eod.* Doli quidem potest fructuum rationem habere, si res ab emptore evincatur, sed eorum dun-

taxat, qui post litem contestatam de jure dominii rei venditae percepti sunt. *Duareni in tit. de evictionib. ad L.* 16.

» Sembrava, riflette Toullier, che l'articolo 1683 (1479) contenesse una eccezione al principio che il debitore non è tenuto se non ai danni ed interessi ch'egli ha preveduto o dovuto prevedere, quando l'inadempimento della obbligazione non derivi dal suo dolo. Questo articolo stabilisce *Se la cosa venduta ec.* Se dunque voi mi avete venduto di buona fede un fondo, che dopo la vendita ha quadruplicato di valore per lo stabilimento di una nuova città, per l'apertura di un canale, o per ogni altro avvenimento straordinario, voi siete, nel caso di evizione, tenuto a rimborsarmi, malgrado la vostra buona fede, ciò che il fondo evitto vale di più del prezzo della rendita, quantunque non abbiate preveduto nè potuto prevedere l'avvenimento che ne ha quadruplicato il valore.

» Pothier *Trattato delle obbligaz. n.* 164 *e del contratto di vendita n.* 139 distingueva in questo caso l'acquirente di buona fede da quello di mala fede. Egli pensava che il primo non dovendo giammai se non i danni ed interesi che si hanno potuto prevedere, non è sottoposto in questo caso se non se al pagamento della somma la più grave, alla quale le parti, nel tempo del contratto han potuto attendersi che i danni ed interessi potrebbero ascendere; principio che cade nell'arbitrio più assoluto, o piuttosto che preso a rigore conduce a sostenere che il venditore di buona fede non deve in caso di evizione altra indennità se non quella del prezzo che ha ricevuto, delle somme che l'acquirente è stato obbligato di pagare, oltre il prezzo del suo acquisto e degl'interessi; imperciocchè egli non ha potuto attendersi a' danni ed interessi che sono la conseguenza di una evizione impreveduta, e che se egli avesse potuto prevedere, essa gli avrebbe impedito di vendere. È per questo motivo che il riferito articolo 1633 (1473) non ha ammesso alcuna distinzione tra il venditore di buona o di mala fede, relativamente agli aumenti del prezzo sopravvenuto all'epoca dell'evizione *indipendentemente dal fatto dell'acquirente.* Questo aumento è dovuto anche dal venditore di buona fede. *Toullier Corso del cod. civ. Vol.* 6. *n.* 285.

» §. 54. Il venditore è tenuto a rimborsare il compratore, o farlo rimborsare da chi ha rivendicato il fondo, di tutte le riparazioni, e miglioramenti utili che vi abbia fatti. *Art.* 1480. *Leg. civ.*

Questo articolo ha il suo rapporto col §. ultimo dell' articolo 480. Vedi *Accessione* §. 5. n. 4. Vedi ancora la *L.* 16. *Cod. de evictionibus* riportata nel §. precedente.

Si il compratore acquista il fondo in buona fede, e quindi divenuto di mala fede fa delle spese nel fondo stesso; queste spese possono ripetersi da lui? Ulpiano decide negativamente.

» Julianus libro septimo digestorum scribit: si io aliena area aedificassem cujus bonae fidei quidem emptor fui, eo autem tempore aedificavi, quo jam sciebam alienam: videamus an nihil mihi exceptio prosit, nisi forte quis dicat prodesse (*scilicet exceptionem mihi de damno sollicito*) de damno sollicito. Puto autem huic exceptionem non prodesse; nec enim debuit in alienum, certus aedificium ponere, sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit. *L.* 38 *D. de rei vindicat.*

Casus. Possedi aream tuam bona fide ab initio; deinde factus malae fidei possessor feci expensas in area illa; an expensas petere possum quaeritur? Et dicitur quod non; sed abradere potero. »

Più precisamente Brunnemanno ne illustra il caso particolare.

» Bona fide aream emi, eo fine, ut aliquod aedificium in ea ponerem. Sed antequam aedificarem, refertur mihi, aream non esse, nec fuisse venditoris, sed alienam, aedifico nihilominus; quaeritur, si dominus verus repetet aream, an per exceptionem doli possim expensas servare? quod negatur, quia aedificavi mala fide, licet bona fide aream emerim. Sed abeo hoc juris tantum, ut possim aedificium tollere sine dispendio areae domini. *Brunnemanni. Commen. in Pand, lib.* 6. *tit.* 1. *de rei vind. ad L.* 38.

Per miglioramenti utili di cui fa parola il nostro articolo debbono intendersi quelli, che di una cosa deteriore la rendono migliore come, a dir di Paolo, la piantaggione di un campo incolto, la riduzione di un edificio disabitato in abitabile, e simili.

» Utiles impensas esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, deteriorem non esse sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur; sicut arbusti pastinationes (*idest plantationes arbusti, id est arboris ne ruat terra in futuris annis vel etiam pastinationes vineae*) ultra quam necesse fuerat (*alioqui diceretur necessaria impensa*) item doctrinam puerorum, quorum nomine onerari mulierem ignorantem, vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. In his (*idest in utilibus impensis*) impensis, et pistrinum et horreum insulae dotali adjectum plerunque dicemus *L.* 79. §. 1. *D. de verb. et rer. sig.*

» A buon conto i miglioramenti, dice Delvincourt, sono quelli che hanno aumentato il valore del fondo. Il proprietario che revindica non ne dee il rimborso che *quatenus res pretiosior facta est.*

» *Quid*, se il compratore ha fatto per es. 3000 fr. di spese le quali abbiano accresciuto di 4000 fr. il valore del fondo, e che il proprietario non lo abbia rinfrancato che di 3000 a norma della disposizione finale dell'articolo 555 (480.)? Egli potrà agire contra il suo venditore per la garentia, onde ottenere il rimborso degli altri 1000 fr. a titolo di danni ed interessi. Argomento tratto dall' art. 1633 (1479) il quale obbliga il venditore a pagare ciò che supera il prezzo della vendita anche indipendentemente dal fatto del compratore; a più ragione ne risulta dal suo fatto. *Delvincourt. Corso di cod. civ. T.* 8. *nota* 75 *al tit.* 2.

» §. 55. Se il venditore ha venduto con
» mala fede il fondo di un altro, sarà te-
» nuto a rimborsare al compratore tutte le
» spese, anche voluttuose o di delizia, che
» costui avesse fatte sul fondo. *Art.* 1481.
» *Leg. civ.*

Gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano rescrissero egualmente, che il compratore ignorando di essere di altri la cosa comprata, o di essere ad altri obbligata, acquista sempre il dritto di regresso contra il venditore.

» Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit (*potest ergo stipulari etiam sciens*) quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur. *L.* 27. *Cod. de evictionib.*

Casus. Si sciens fundum alienum, vel alii obligatum comparasti, nec de evictione caveri fecisti tibi; pretium quod solvisti petere non potes. Si vero ignorans emisti, non jure recusat venditor refundere tibi pretium quod numerasti. »

Perezio d'altronde nell'analisi della medesima legge esamina il caso se il compratore conoscendo essere di altri la cosa da lui comprata possa ripetere il prezzo sborsato al venditore.

» Itemque cessat de evictione actio si emptor rem alienam, vel oppignoratam sciens emerit *L.* 18. *h. t.* neque quicquam de evictione convenerit *L.* 27. *h. t.* debet enim sibi adscribere, quod rem quam sciebat alienam evinci posse, non advertit. Non tamen ex eo quod emptor evictionis nomine sibi duplam stipulatus est, alienae rei scientia convincitur: nec opinio ejus ex hoc laeditur ut malae fidei existimatur; aliis itaque argumentis hoc probari debet. *L. pen. h. t.*

» Quaeritur: an hic emptor qui sciebat rem alienam esse, ea evicta, pretium repetere possit a venditore? Et non posse videbatur dicendum inspectis verbis *d. L.* 27. quae habent: eum contra juris rationem poscere, quod eo nomine dedit, quasi videatur donasse, qui scienter rem alienam comparavit. Verius tamen ei restituendum esse pretium; quia iniquum esset illud penes venditorem remanere ratione rei venditae, ad quam illi nil juris erat. Et foret hoc contra *L.* 32. *D. si certum petat.* ubi dicitur: bonum et aequum esse pecuniam meam, quae ad te pervenit, eam a te mihi reddi; quae hoc casu non potest videri donata, cum data sit ex causa, et donatio non praesumatur. Non obstant verba *d. L.* 27. quia intelligenda non de pretio, quod venditori numeratum est, sed de litis aestimatione, quam domino rem vindicanti

solvit emptor vel creditori pignus vindicanti; nam ut pretium penes venditorem maneat, nulla aequitas patitur. Facit in hanc rem, quod emptor qui sciens comparavit rem fideicommisso obnoxiam, existente ejus conditione evocatam actionem habeat ad restitutionem pretii adversus venditorem. *L.* 3. *in fi. Cod. com. de leg. Perezii Praelect. in lib.* 8. *cod. tit.* 45. *de evictionibus n.* 24 *e* 25.

Li medesimi imperatori hanno rescritto, che la stipulazione del doppio per l'evizione non fa presumere il compratore di mala fede.

» Non ex eo quod duplum is qui a matre tua (*loquitur heredi venditricis*) mancipium comparavit, evictionis nomine stipulatus est, alienae rei scientia convincitur; nec opinio ejus ex hoc laeditur, ut malae fidei emptor existimatur. Aliis itaque hoc indiciis, si vis probare debes. *L.* 30. *Cod. de evictionib.*

Casus. Vendidisti mihi praedium tuum: feci mihi caveri de evictione: nunquid ideo intelligendus sim malae fidei emptor? dicitur quod non.

Brunnemanno presenta con più dettaglio il caso su la specie.

» Emptor duplum sibi stipulatus erat, si fundus emtus evinceretur. Postea evincitur; venditor allegat emptorem scientem emisse fundum alienum, et ita non posse convenire venditorem *L.* 27. *h. t.* Sed quia hoc debet venditor probare, ideoque scientiam rei alienae probat ex stipulatione dupli, sed imperator negat hanc consequentiam valere. Sed videtur inanis esse lis, qui enim de evictione stipulatus est, ille sive sciverit rem alienam, sive ignoraverit, potest agere ad evictionem *d. L.* 27. ibi: *neque quiquam etc.* Sed praesupponendum est, forte emptorem ex stipulatione duplae non egisse, sed ex empto, ut potest *L.* 25. *h. t.* Ex hac lege colligi potest; non esse universalem illam regulam, cautelam nimiam, et exactam arguere dolum, non enim sequitur hic in duplum sibi caveri voluit, ergo habuit scientiam quod res evinci possit. Et illa regula tantum habet locum in insolitis, et si negotium clam geratur, et contrahentes soliti fuerint dolose agere, ut ait Menoch. *Cons.* 230. *n.* 60. Nam sane nostra tempora talia sunt, ut nemo sibi satis prospicere possit, et ad fraudes aliorum excludendas insolitas cautelas saepe' adsumere coguntur qui nolunt decipi. *Brunnemanni Com. in Cod. lib.* 8. *tit.* 45. *de evictionib. ad L.* 30.

» È mestieri decidere diversamente, riflette Pothier, riguardo al venditore di mala fede che mi avesse venduto come ad esso appartenente, una cosa che non era di sua ragione. Questi, in caso di evizione, è tenuto al risarcimento di tutte le specie di perdite e danni che mi reca e cagiona l'evizione, quantunque essi non concernano la cosa venduta e ch'io li soffra intorno agli altri miei beni. La ragione, è che in questo caso, non è soltanto la volontà che esso ha avuta di obbligarsi, ma il suo dolo che l'obbliga, quando anche non lo volesse, alla riparazione di tutto il danno che il dolo mi ha cagionato.

» Osservisi che questo venditore di mala fede, non è però tenuto che ai danni sofferti dal compratore, i quali sono una conseguenza prossima ed immediata dell'evizione, e non di quelli che ne fossero una conseguenza troppo remota, e che potessero avere altra causa. I principj che abbiamo stabiliti su questa materia nel nostro Trat. delle obbl. *n.* 167, ricevono in questo luogo la loro applicazione.

» Quantunque il venditore abbia venduto di buona fede, qualche volta però è tenuto in caso di evizione a certe specie di danni derivati dall'evizione al compratore, quantunque non concernano la cosa venduta, e che il compratore li abbia sofferti *exstrinsecus* e negli altri suoi beni. Ciò ha luogo allorchè dalle circostanze particolari appare che abbiano potuto essere preveduti nel contratto, e che in conseguenza si può reputare che il venditore siavisi tacitamente sottoposto. Per es. se io ho venduta una casa per farne un albergo ad un albergatore di professione, io devo in questo caso esser tenuto dei danni ch'ei soffre dallo sconcerto nel suo commercio di albergatore che gli produce l'evizione; conciossiachè ritenuto che io gli vendeva la mia casa per farne un albergo, ritenuto ch'io lo conosceva per albergatore di professione, questa specie di danno che risultava dall'evizione, era un danno che si presentava agli occhi, e che non potrebbe passare per un danno che non poteva prevedersi nel contratto.

» Si osservi che nella liquidazione e stima

di questi danni, si dee usare assai più moderazione verso al venditor di buona fede, che a quello di mala fede. *Pothier. Trat. del cont. di vendita Vol. I. n.* 137 *a* 138.

Vedi *Contratto* §. 11.

» §. 56. Se il compratore ha sofferto l'evi-
» zione per una parte soltanto della cosa, e
» questa parte sia di tale importanza, rela-
» tivamente al tutto, che l'acquirente non
» avrebbe comprato senza di essa, potrà far
» rescindere la vendita. *Art.* 1482. *Leg. civ.*

Così Marziano nella evizione di una parte vede estendersi l'obbligazione per la cosa intera.

» Si pro parte fuerit evicta, tamen pro-solido obligatio durat; nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret. *L.* 46. *§. 1. D. de solut. et liberat.*

Eccone l'esempio di Brunnemanno.

» Dedi Stichum pro Pamphilo, hic evincitur, quaeritur an mihi detur pristina actio? Videtur quod illa sit consumpta per *L. eleganter* 24. *D. de pignor. act.* Sed respondetur ibi pro pecuniario debito datur in solutum species, ubi est datio in solutum, et sic emptio. Ergo re evicta datur actio empti, non pristina, sed hic est permutatio. *Brunnemanni Commen. in Pand. lib.* 46. *tit.* 3. *de sol. et lib. ad L.* 46.

Che sarà a dirsi se si sono vendute più cose mentre l'evizione non abbia avuto luogo che per una di esse soltanto?» Bisogna distinguere, dice Delvincourt; se dette cose sono fatte per andare insieme, come nella vendita di una muta, di un mobilio, vi ha luogo a risolvere la vendita pel tutto. È lo stesso se le due cose erano necessarie all'oggetto, che il compratore si proponeva; come due fondi contigui destinati ad una intrapresa qualunque. Altrimenti vi è luogo a restituire il prezzo soltanto della cosa evitta. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 8. *nota* 79. *al tit.* 2.

» §. 57. Se nel caso di evizione di una
» parte del fondo venduto non siasi rescissa
» la vendita, il valore della parte evitta sarà
» dal venditore rimborsato al compratore, se-
» condo la stima che avrà nell'epoca della
» evizione, e non a proporzione del prezzo
» totale della vendita, o che sia aumentata,
» o che sia diminuita di valore la cosa ven-
» duta. *Art.* 1485. *Leg. civ.*

Concorda colla sentenza di Paolo.

» Bonitatis aestimationem faciendam cum pars evincitur, Proculus recte putabat, quae fuisset venditionis tempore, non cum evinceretur. *L.* 13. *D. de evictionibus.*

» Sed si quid postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum. Si ususfructus evincatur pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est. *L.* 15. *Idem.*

» *Casus.* Si vendo tibi fundum, et promitto tibi duplam vel simplam evictionis nomine, sive totus fundus evincitur, sive pars, teneor ex stipulatione simplae vel duplae inspecta bonitate quae erat tempore evictionis, non cum res evincitur. Sed si forte venditor promisit tibi duplam evictionis nomine pro his rebus, quae rei venditae accederent, si fundus, cui per alluvionem quid accesserat evictus est, ratio ejus temporis habebitur, quo incrementum accessit. »

Sul rimborso che il venditore dee al compratore secondo la stima da farsi dall'epoca della evizione, senza verun calcolo del prezzo della vendita, osserva Delvincourt che » questa decisione non ammette veruna difficoltà allorchè la cosa venduta è aumentata di valore dopo la vendita, trovandosi allora uniforme all'articolo 1633 (1479). Ma quando il valore della cosa è diminuito, questa disposizione, contraria d'altronde all'avviso di Pothier n. 139 può sembrare in contraddizione coll'articolo 1631 (1477); giacchè se non ostante la diminuzione di valore sopravvenuta dopo la vendita, il venditore è tenuto a restituire la totalità del prezzo allorchè l'evizione è totale, sembrava conseguente il decidere che quando è questa parziale, egli dee restituire una parte di detto prezzo proporzionata a quella per la quale il compratore soffre l'evizione.

» Quanto a me, sono di parere che faccia d'uopo distinguere se la parte per la quale vi ha evizione è o no indivisa. Nel primo caso, se, per es. vi ha evizione del quarto, il sentimento di Pothier mi sembra incontrastabile. Il quarto del prezzo debb'essere restituito *condictione sine causa.* Ma se è parte divisa e determinata, quantunque faccia il quarto del

totale (se per es. il compratore di otto jugeri n'è spropricto di due da prendersi nel tale sito) allora la decisione dell'articolo è giusta. Non si può prendere per base il prezzo della vendita. È possibile che que'due jugeri sieno i due migliori o più cottivi; ed allora il quarto del prezzo sarebbe troppo o poco. Di quest'ultimo caso solamente dee dunque intendersi la disposizione dell'articolo 1637 (1483).

» Osservate che in tutti i casi il venditore è tenuto per le stesse condanne che nell'articolo 1630 (1476) vale a dire, frutti, legittimi pagamenti, e danni ed interessi, proporzionatamente alla parte evitta; ma quanto alle spese della lite, egli le dee per intero, a norma di quello che si è detto nel fine della nota 72 (*sull'articolo* 1446. *V.* §. 49) *Delvincourt. Corso di cod. civ. T.* 8. *nota* 80. *al tit.* 2.

» §. 58. Se il fondo venduto si trovi grava-
» to di servitù non apparenti senza che se ne
» sia fatta dichiarazione, e queste sieno di
» tale importanza da far presumere, che se il
» compratore ne fosse stato avvertito, non lo
» avrebbe comprato, può egli domandare lo
» scioglimento del contratto, quando non pre-
» scelga di contentarsi piuttosto di una inden-
» nità. *Art.* 1484. *Leg. civ.*

Ulpiano nella occultazione delle servitù, che siano per gravitare nel fondo venduto, comprende anche la negativa, che ne faccia il venditore, allorchè ne sia richiesto dal compratore.

» Venditor si cum scire deberi servitutem celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit. Omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem. Sed scire venditorem, et celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed et si negavit servitutem istam deberi, cum esset ab eo quaesitum. Sed et si proponas, eum ita dixisse: *nulla quidem servitus debetur*: *verum ne emergat inopinata servitus, non teneor*: puto ex empto teneri, si servitus debebatur, et scivit. Sed si id egit, ne cognosceret emptor aliquam servitutem deberi; opinor eum empto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus est in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit. Haec ita vera sunt: si emptor ignoravit servitutem, quia non videtur esse celatus, qui scit, nec certiorari debuit qui non ignoravit. *L.* 1. §. 2. *D. de action. empti et vend.*

Casus. Si vendidi tibi fundum qui servitutem debebat, et hoc sciam, et celaverim, tenebor tibi ex empto, et hoc in prima. Idem est si negavi cum quaereres an servitus deberetur: hoc in secunda. Sed quid si ita dico: servitus non debetur, sed si debeatur volo teneri; an tenear? et responde quod sic: hoc in tertia. In quarta dicit generaliter quod quoties venditor in dolo est in celanda servitute tenetur. Haec sunt vera si tu emptor eras ignorans, alioqui non videris deceptus. »

Cujacio in esseminare l'indole del celamento di cui fa parola questa legge, esprime anche l'azione che compete al compratore.

» Etiam verbis Sabini Ulpianus addit hanc interpetrationem, ut seire venditor, et celare videatur non tantum si non admonuit emptorem, si reticuit; sed etsi, cum hac de re interrogaretur negavit falso istam servitutem deberi, quod tamen non tam celare, quam mentiri est. Celare est tacere. Itemque si sciens venditor servitutem deberi, ita confuse, et perfusorie dixerit, nullam quidem fundum servitutem debere: verum si forte emergat inopinate, se eo nomine teneri nolle, etiam hoc modo celare videtur emptorem: erat enim in his verbis dolus aliquis, dissimulatio aliqua, atque ideo eo nomine tenetur ex empto in id quod interest. Idemque est, si alio quocunque modo egerit venditor, ne cognosceret emptor aliquam servitutem deberi, et generaliter, ut ait, si improbato more, malo more *L.* 1. §. *si cui cautum de extraord. cognit. L. et qui* 19. §. 1. *de neg. gest.* si mala ratione ut *L. cum servus.* 54. *mandati.* si mala fide venditor in celanda servitute versatus est, tenetur ex empto, quia decepit emptorem. Omnibus actionibus bonae fidei inest actio de dolo *L. et eleganter.* 7. §. *non solum. L. si quis* 9. *de dolo.* Venditor, inquam, tenetur ex empto, si id egit, ut falleret emptorem, non etiam, ut ait (quod maxime interpetratione indiget) si suae securitati venditor prospectum voluit, ut puta si palam dixerit, fundum optimum non esse, id est, liberum non esse; vel si non dixit fundum optimum maxi-

mum esse *L. eum. venderes* 59. *de contrah. empt.* si nominatim caverit nullam fundum servitutem debere a se, nec quinquam praestiturum iri, servire enim eum fundo vicino. Et uno verbo, si dolus malus ab eo absit, si id egit, ut sibi consuleret, non ut deciperet emptorem, si animus ei fuerit rei suae bene gerendae, non fallendi emptoris. Et quod attinet ad modum adjectum sententiae Sabini: Si modo eam rem emptor ignoravit, ejus hanc rationem Ulpianus reddit, quia non videtur esse celatus emptor, qui scivit servitutem deberi, nec sciens certiorari debuit. *Cujacii Comment. in tit.* 1. *de actionib. empt. lib.* 19. *D. ad* §. *venditor.*

» §. 59. Le altre questioni che possono » nascere pel risarcimento de' danni ed interessi recati al compratore coll' inadempimento della vendita, debbono essere decise, » secondo le regole generali stabilite nel titolo de' *contratti* o delle *obbligazioni convenzionali* in generale. *Art.* 1485. *Leg. civ.*

Vedi *Danni ed interessi* e vedi *Obbligazione* §. 1. 3. 5. 6.

» §. 60. La garantia per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza pronunziata in ultima istanza, o di cui non si possa » più ammettere l'appellazione, senza chiamare in giudizio il venditore, se questi » prova che vi erano sufficienti motivi per far » rigettare la domanda. *Art.* 1486. *Leg. civ.*

» In cotal guisa, dice Maleville, sebbene il compratore si sia lasciato condannare inappellabilmente senza citare in giudizio il venditore; questi tuttavia non è sciolto dall' obbligo della garentia, quando non si faccia a provare, che l'evizione non era fondata. Pel sistema delle leggi romane sembra al contrario, che si tenesse obbligato il compratore a provare che la domanda dell' evizione era fondata, tanto più ch' egli aveva già commesso il fallo di non citare il venditore. *L.* 27 *e* 63 *D. de evict.*

» V' ha molti altri casi, ne' quali l'acquirente non può agire per garentia. S'è espulso colla forza, e colla violenza. *L. ult. C. de act. empt.*

» 2.° S'è espulso per fatto del principe. *L.* 11 *eod.*

» 3.° Se può opporre la prescrizione a quello che attacca il suo possesso. *L.* 54 *D. de evict.*

» 4.° Se la cosa gli è stata data particolarmente dal vero proprietario. *L.* 57 *eod.* In tal caso egli può solo domandare la restituzione del prezzo. *L.* 13 §. 15 *de act. empt.*

» 5. Se il vero proprietario diviene erede del venditore, e ciò in forza della massima: *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.*

» Ma se il verace proprietario non fosse che in parte erede del venditore, potrebbe egli impugnare la vendita, che il suo autore avesse fatta? E potrà egli farlo in totalità, o soltanto lasciando al compratore la parte corrispondente a quella, ond' egli è divenuto erede? Dippiù l' erede beneficiato può egli attaccare in giudizio le vendite fatte dal suo autore in pregiudizio de' beni, che sono proprj di questo erede? Il sostituito erede del gravato può egli attaccare le vendite fatte de' beni della sostituzione? I figli eredi dei loro genitori possono eglino esercitare un tal dritto per riguardo a' beni dotali venduti durante il matrimonio? Ardue quistioni, in cui i più gravi autori sono di parere discordi. Si possono vedere le opinioni loro raccolte in Lapegrere, Pothier *vendita* pag. 178 e seguenti.

» Io credo 1.° che l'erede puro e semplice, ma di una parte soltanto del fondo venduto, non può rivendicare la porzione di questo fondo corrispondente a quella, ond' egli è divenuto erede, ma può bensì rivendicare le altre porzioni risarcendo i danni del compratore per una porzione eguale a quella, di cui si è appunto fatto erede. Tal' è la decisione formale della legge *cum a matre* 14 *Cod. de rei vind.* sostenuta da Pothier ed osservate nella giurisprudenza.

» Credo 2.° che l'erede beneficiato può rivendicare il proprio suo fondo venduto dal defunto, imperocchè le sue azioni non possono mai confondersi con quelle dell' eredità. Nulladimeno se in progresso di tempo divenisse erede puro e semplice, sarebbe cosa giusta, ch' egli restituisse il fondo al compratore risarcendolo di tutti i danni per lui

sofferti, attesa la perdita del fondo stesso. E per tal motivo appunto io non vorrei ammettere l'azione dell'erede beneficiato che sotto cauzione.

» 3.° L'ordinanza del 1747 art. 31 del tit. 2 permetteva al sostituito, comecchè erede del gravato, la rivendicazione, ma io ho già esposto all'art. 1072 del codice le ragioni, che mi fanno credere non aver più luogo codesta disposizione.

» 4.° Sono d'avviso, che i figli, benchè eredi de' loro genitori possano rivendicare i fondi da costoro alienati durante il matrimonio, rimanendo però soggetti all'obbligo di risarcire i danni e i discapiti del compratore nel caso, in cui, giusta l'art. 1560, il loro autore vi si fosse egli stesso assoggettato. Arguisco ciò dal maggior favore che s'impartisce a' figli di quello che s'impartisce a' genitori, cui nulla ostante permette la legge di rivendicare ciò ch'eglino stessi hanno venduto; ed arguisco ciò dall'essere la vendita del fondo dotale *constante matrimonio* radicalmente nulla e proibita dalla legge, e dal non poter quindi il compratore che tutto al più esercitare l'azione del risarcimento dei danni, nel caso in cui egli fosse stato di buona fede. *Malcville Osservazione all' art. 1640 del cod. civ.*

Della garentia pei vizj della cosa venduta.

» §. 61. Il venditore è tenuto a garentire
» la cosa venduta da' vizj occulti che la ren-
» dono non atta all'uso cui è destinata, o
» che diminuiscono talmente questo uso, che
» se il compratore gli avesse conosciuti, o
» non l'avrebbe comperata, o avrebbe of-
» ferto un prezzo minore. *Art. 1487. Leg. civ.*

Ulpiano in distinguere il vizio dal morbo della cosa venduta, ammette l'uno o l'altro nel solo caso che l'uso della cosa stessa non divien libero al compratore, come distingue la conoscenza, che questi possa averne dall'inganno in cui sia indotto dal venditore.

» Si intelligatur vitium (*ab emptore per seipsum*) morbusve mancipii, ut plerumque signis quibusdam demonstrari solent vitia, potest dici edictum cessare: hoc enim tantum intuendum est ne emptor decipiatur. Sed sciendum est, morbum apud Sabinum sic definitum esse: habitum cujusque corporis (*scilicet mancipii vel etiam liberi hominis, nam generalis est definitio*) contra naturam; qui usum ejus ad id fecit deteriorem, cujus causa natura nobis ejus corporis sanitatem dedit: id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere; namque totius corporis morbus est, puta *tabes corporis* febris, partis veluti coecitas, licet homo ita quoque natus sit, vitiumque a morbo multum differre, ut puta, si quis balbus sit; nam hunc vitiosum esse magis quam morbosum. Ego puto aediles tollendae dubitationis gratia bis *de eadem re* idem dixisse, ne qua dubitatio superesset. Proinde si quid tale fuerit, sive vitii, sive morbi (*pro corporali tantum ponitur*) quod usum, ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum. *L. 1. §. 2. D. de aedilitio edicto.*

Donello distingue i vizj dell'animo da quelli del corpo.

» Illud de morbis et vitiis rei venditae monendi sumus, deque iis praestationibus et actionibus, quas eo nomine constitutas edicto esse diximus, pertinere omnia ad morbos, et vitia corporis, de quibus edictum loquitur; ad vitia animi non pertinere. Veluti si servus venditus sit levis, iracundus, contumax: si jumenta pavida aut calcitrosa. Itaque horum nomine non competere redhibitionem, aut actionem quanti minoris adversus ignorantem venditorem: solum ex empto agi posse, si sciens vitium animi venditor, non pronuntiasset *L. 1. §. pen. §. ult. in fin. L. 4. §. idem Pomponius §. in summa D. de aedil. edict.* Hic tamen quaedam animi vitia in mancipiis seu servis excepta sunt, et comprehensa nominatim edicto aedilitio, de quibus nihil necesse fuisset edicto specialiter comprehendi, si appellatione vitii, de quo initio edicti generaliter cautum erat, omnia vitia tam animi quam corporis intelligi vellent aediles. Ideo igitur animi illa vitia hic expressa; quia alioqui de vitiis animi eo edicto non cavebatur. Vitia haec sunt octo, quorum nomine eaedem sunt actiones ad redhibendum, quanto minoris, et in id quod interest quae de vitiis corporis. Sunt autem haec: si servus sit fugitivus: si error; si noxa

admissa, noxa solutus non sit: si capitalem fraudem admiserit: si mortis sibi consciscendae caussa quid fecerit: si in arenam depugnandi caussa ad bestias intromissus fuerit. Quae sex comprehensa sunt in eo fragmento edicti quod extat in *L.* 1. *in pr. D. eod.* item si servus sit infamatae aut ingratae emptori alicujus nationis *L. quod si nolit* 31. §. *qui mancipia D. de aedil. ed.* Postremo si veterator pro novicio vaeneat *L. praecipiunt* 37. *D. eod.*

» Non eadem causa servitutum, et tributorum quae morborum, et vitiorum rei venditae. Primum quamvis res servitutem debeat, aut tributo, vel pensione sit onerata, nec de his rebus quidquam commemoratum sit in venditione; nunquam tenetur earum rerum nomine venditor, si servitutem aut tributum deberi ignoravit *L.* 1. §. 1. *L. si sterilis* 21. §. 1. *L. quaero* 39. *L. in venditione* 41. *D. de act. em.* Inter ceteros locos digna est observata *d. L. si sterilis.* §. 1. ubi diserte scriptum est, si venditor praedii ignorans de tributo nihil praedixerit quod forte hereditarium praedium esset, cum non teneri. Unde intelligimus non modo eum non teneri in id quod interest, sed nec ad redhibendum, aut quanto minoris res fuerit, cum vaenibat. Ut recte facturi sint emtores, si initio in re contrahenda de his sibi caveant, si quae forte servitus, si quod tributum emergat postea ea praestitum iri. Quod si cum sciret venditor servitutem aut tributum deberi, non aperte certiorem fecit emptorem, quid servitutis aut tributi esset, placet quidem eum quia decepit emptorem ex empto teneri, non tamen ad rem redhibendam, sed quanto minoris emptor empturus esset, si de his factus esset certior, ut sic improvisum onus aestimetur: nam et hactenus emptoris interest se recte praemonitum fuisse *d. L. quaero. d. L. in venditione de act. em. L. quoties* 61. *D. de aedil. ed.* Non adversatur huic distinctioni, quod scribitur in *d. L. quoties.* quoties de servitnte agitur, victum tantum debere praestare, quanto minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam. Haec enim verba quoties de servitute agitur, non significant, quoties emptor quaeritur servitutem esse impositam, quam ignoravit, et eo nomine agit, quanto minoris empturus esset: sed ad jus referenda sunt, atque hoc exprimunt, quoties de servitute jure agitur, seu tunc cum eo nomine jure actio est. Non enim quaevis petitio actio est, sed ea solum quae constituta est jure. Unde actio definita jus persequendi. Quando ergo de servitute jure agitur? Ex superiore distinctione petendum est. Non semper videlicet; sed tunc cum venditor servitutem debere sciens celavit emptorem: ita conditione juris adjecta idem illud jus superius exprimitur. Sed cur hoc aliter in servitutibus, et tributis observatur, quae non minus rei aestimationem minuunt; aliter in morbis, et vitiis, quorum posteriorum nomine dicimus teneri venditorem etiam ignorantem? Differentiae ratio est ea quae redditur inter servum fugitivum venditum, et servum furem in *L. Julianus* 13. §. 1. *D. de act. emt.* quod scilicet morbosam aut vitiosam rem quodammodo habere non licet; eam autem quae servitutem aut tributum debet, non minus habere possumus. Quippe morbis et vitiis usus rei venditae impeditur. *L.* 1. §. *sciendum. ver. proinde D. de aedil. ed.* servitutibus, et tributis non item. *Donelli Comment. de jure civ. Lib.* 13. *Cap.* 3. *de aedilitio edicto.*

Sembra mestieri osservare inoltre con Domat che » non essendo possibile reprimere tutti gl' inganni de' venditori, ed essendo troppo grandi gl' inconvenienti di risolvere le vendite, per ogni sorta di difetti delle cose vendute, si considerano soltanto quei difetti che rendono le cose assolutamente inutili all' uso pel quale sono in commercio, o pure diminuiscono totalmente quest' uso o lo rendono così incomodo che se fossero stati noti al compratore non avrebbe affatto comprato o avrebbe comprato a minor prezzo. Così per es. una trave marcita è inutile al suo uso; un cavallo bolso è meno atto ai servigj ai quali è destinato, ed è di un uso troppo incommodo. Tali difetti bastano per risolvere una vendita. Ma se un cavallo è solamente restio o di duro morso allo sprone, questo difetto non produrrà alcun cambiamento. In generale, dipende o dalle consuetudini se ve ne sono, o dalla prudenza del giudice di discernere dalla qualità dei

difetti, se la vendita debba essere risoluta o il prezzo diminuito, o non convenga aver riguardo al difetto. *Res bona fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet L. 54. D. de contrah. empt. Domat Leggi civili Lib. 1. tit. 2. sez. 11. n. 3.*

Osserva Maleville che » secondo il dritto romano tre azioni aveva il compratore per essere risarcito del danno sofferto.

» L'azione *ex empto* che riferivasi al risarcimento de' proprj danni ed interessi, i quali non potevano però eccedere il doppio del prezzo.

» L'azione di repristinazione ossia *redibitoria* per far annullare la vendita, quando il vizio della cosa era tale che avrebbe rimosso il compratore dall'acquistarla, se lo avesse conosciuto.

» E l'azione *estimatoria*, che lasciava sussistere la vendita, ma obbligava il venditore a restituire quello che di meno valeva la cosa. *Quanti minoris empturus esset vel quanti minoris res valuisset.*

» Nel presente paragrafo trattasi di queste due ultime azioni. Son desse la materia de *aedilitio edicto* pieno di massime, che sembrano dettate dalla stessa equità, e dal buon senso.

» Fra noi, ed anco presso i romani, i vizj che porgevano campo all'azione redibitoria riguardavano i difetti degli animali, e quelli delle cose mobili. Nondimeno trovasi nel titolo *de aedilitio edicto*, ed in questo paragrafo alcune decisioni che possono applicarsi benissimo alle vendite d'immobili. *Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere nequaquam incertum est; veluti si pestilens fundus distractus sit, nam redhibendus erit. L. 49. D. de aedit. edicto.*

» Ritornando al nostro articolo egli congiunge insieme l'azione redibitoria, e quella *quanti minoris*, perchè difatti dipende dalle circostanze e dalla maggiore o minore gravità del difetto il risolvere la vendita, o il diminuire soltanto il prezzo. *Maleville. Osservaz. all' art. 1641. del cod. civ.*

» §. 62. Il venditore non è tenuto pe' vizj » apparenti, che il compratore avrebbe po- » tuto da se stesso conoscere. *Art.* 1488. » *Leg. civ.*

Ulpiano professò uniforme dottrina.

» Si venditor nominatim exceperit (*sentiens se nolle de eo teneri*) de aliquo morbo et de caetero sanum esse dixerit, aut promiserit, standum est eo quod convenit. Remittentibus (*scilicet emptoribus*) enim actiones suas, non est regressus dandus nisi sciens (*hoc intelligo eo casu, quando dissimulabat venditor morbosum esse, vel negabat; dicebat tamen in utroque casu se nolle teneri huius morbi nomine si apparuerit eum adesse*) venditor morbum, consulto reticuit, tunc enim dandum esse de dolo malo replicationem. Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere, et puta coecus homo veniebat, antiqui cicatricem evidentem, et periculosam habebat, vel in capite, vel in alia parte (*evidenti*) corporis, ejus nomine non teneri Caecilius ait: perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset (*supple et emptor, et venditor ignoravit; utrobique enim repellitur emptor. Sed si venditor scivit, emptor autem licet supine ignoravit, puto venditorem teneri, quia preponderat ei dolus*). Ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit. *L. 14. §. ult. D. de aedibitio edicto.*

Donello enumera le cause per le quali il venditore non è tenuto pei vizj della cosa venduta.

« Caussae communes ad omnem venditorem, et omnem rem venditam pertinentes, propter quas ob morbum aut vitium rei venditor non tenetur, sunt tres. Prima si venditor sciens quid morbi, vitiive sit moneat emtorem, et quidnam id sit, palam et recte pronunciet, idque edicto espressum est. *L. 1. D. de aedictio edicto.* Altera causa est, si venditor morbum aut vitium ignorans; et tamen metuens ne aliquid exsistat, postea nominatim sibi caveat, et paciscatur, ne morbi vitiive nomine si quod erit, teneatur *L. quaeritur 14. §. pen. D. de aedil. ed. L. paciscei D. de pactis.* Sed meminerimus hanc conventionem ignoranti venditori tantum prodesse, scienti nunquam; cuius fuit, quae novit specialiter indicari emptori, ne is decipiatur *L. quaero 39. D. de act. em.* Ter-

tia est, si vitium ita sit evidens, ut in conspectu cujusque: ut si equus palam coecus aut claudus vaeneat, non tenetur venditor, etiamsi de vitio nihil dixerit, neque sibi caverit. Non enim necesse est moneri emtorem qui vitium palam quod erat non ignoravit. *L. 1. §. si intelligatur. L. quaeritur. 14. §. ult. D. de aed. ed.* Omnes hae caussae ex eo, quia his efficitur, ne emptor ob morbum vitiumve decipiatur. *Donelli Comment. De jure civili Lib. 18. cap. 3. de aedilitio edicto.*

» È un vizio redibitorio per una trave, dice Pothier, quando essa sia tarlata, e per conseguenza fuori stato da servire: rispetto alle botti, quando vi si trovi qualche doga di un legno che comunica un cattivo odore al vino che vi si pone dentro.

» È un vizio redibitorio rispetto alle nuove stoffe quando esse sono magagnate, vale a dire, quando hanno alcuni difetti espressi da regolamenti fatti pel commercio: dei buchi in una stoffa sono un vizio redibitorio.

» Ulpiano, nella legge 49, *ff. de Ædil. ed.* cita per vizio redibitorio di un podere, quando sia situato in un' aria infetta, *si pestilens fundus.* Diocleziano, nella legge 4 *Cod. de Ædil. ed.* riporta questo; quando sia un pascolo che produca erbe avvelenate, *si pestibilis, id est, pestibiles herbas vel letiferas habens.*

» Non si riguardano come vizj redibitorj quelli i quali quantunque considerevoli, possono con facilità essere rilevati; per es. non è un vizio redibitorio per un cavallo, se sia zoppo, o cieco, ec., nè per una casa, se essa minacci ruina e sia cadente; perciocchè siffatti difetti potendo essere conosciuti con facilità, si presume che il compratore ne abbia avuta cognizione, ed abbia non ostante voluto acquistare la cosa con detto vizio, e non abbia conseguentemente sofferto alcun danno; *nam volenti non fit injuria*: ed ancorchè non lo avesse conosciuto, non sarebbe nemmeno in tal caso ammesso a dolersi del pregiudizio che soffre da tale contratto, perchè per la sola sua colpa lo soffre; da lui dipendeva di esaminare la cosa prima di farne l'acquisto, o di farla esaminare da alcuno se ei non aveva le analoghe cognizioni. Ora il danno che uno soffre per sua colpa, non è di tale natura che le leggi debbano ripararlo; non essendo queste fatte per fomentare la negligenza: *Damnum quod quis culpa sua sentit, non videtur sentire. Pothier. Trat. di vendita n. 206. a 207.*

§. 63. » È tenuto pe' vizj occulti, quando » anche non gli fossero noti; eccettochè se » avesse stipulato di non essere in tal caso » tenuto ad alcuna garantia. *Art.* 1489. » *Leg. civ.*

La risponsabilità del venditore, pei vizj occulti da lui anche ignorati, fu da Ulpiano portata sino al segno da esser dovuta per intera; dappoichè il caso fa presumere che il venditore dovea conoscere i difetti della cosa venduta; nè il compratore è a vedere se sia stato ingannato dalla ignoranza, o dalla malizia del venditore.

» Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emptoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem etiam si ignoravit (*quoquo modo ignoravit. Alii dicunt si probabiliter ignoravit non tenetur, nisi affirmaverit abesse*) ea, quae aediles praestari jubent, tamen teneri (*scilicet ex empto quanto minoris empturus erat si scisset*) debere, nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emptoris cur fallatur ignorantia venditoris, an calliditate. *L. 1. §. 2. D. de aedilitio edicto.*

» Osservate bene, dice Maleville, la ristrezione che il fine dell' articolo mette alla regola indicata nel principio *eccettocchè se avesse stipulato di non essere in tal caso tenuto ec.* Imperciocchè se avesse conosciuto i vizj, ed il compratore li avesse ignorati, la clausola di non essere tenuto alla garentia non lo difenderebbe. In simil guisa la *L.* 14 *de aedil. ed.* dopo aver detto che il compratore può rinunciare al beneficio dell' editto, soggiunge *remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus, nisi sciens venditor morbum consulto retieuit. Maleville. Osservaz. all' art.* 1643 *del cod. civ.*

» L' articolo 1643 (1489) dice: come riflette Delvincourt, che il venditore è tenuto de' vizj occulti quando anche non li avesse

conosciuti, a meno che in questo caso non vi fosse clausola di non garentia. *In questo caso*, vale a dire nel caso in cui egli non avesse conosciuto i vizj, dal che ho dovuto conchiudere che nel caso in cui li avesse dichiarati, la clausola della non garentia non avrebbe alcun effetto riguardo a lui; e ciò d'altronde è conforme all'equità, ed alla legge 1. §. 1. *D. de act. emp. Venditor si cum scire deberi servitutem celavit non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit. Omnia enim quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. Sed scire venditorem et celare sic accipimus non solum si non admonit, sed et si negavit servitutem istam deberi cum esset ab eo quaesitum.*

» Ma se l'azione redibitoria è intentata, incumberà al compratore il provare che il vizio esisteva nell'epoca della vendita, o al venditore che allora non esisteva? credo che bisogna distinguere: se si tratta di vizio riguardo a cui la legge o l'uso abbia stabilito un breve termine, solo perchè l'azione fu intentata entro questo termine, vi è presunzione legale che il vizio esisteva nel tempo della vendita: ma questa presunzione non escluderà la prova contraria. Se poi il vizio è del numero di quelli, riguardo ai quali non vi è termine fisso e stabilito, la stessa presunzione non ha più luogo; apparterrà al compratore il provare che il vizio esisteva quando ebbe luogo la vendita. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Vol.* 8. *nota* 90 *al tit.* 2.

Il nostro articolo rende volevole il patto di non essere tenuto il venditore a garentia quando conoscendo i vizj occulti li abbia indicati. Ma se d'altronde questo contratto abbia luogo tacendo questi vizj, risultano li medesimi effetti pel venditore? Un responso di Pomponio è per la negativa.

» Si cum venditor sciens obligatum, aut alienum vendidisset, et adjectum sit neve eo nomine quid praestaret, aestimari oportet dolum malum (*qui tali casu intercessit*) ejus quem semper abesse oportet in judicio empti, eo quod bonae fidei fit. *L.* 6. *§. ult. D. de actionib. empti, et venditi.*

Casus. Vendidi Titio fundum quem scivi esse obligatum aut alienum, et dixi in contractu me nolle teneri de evictione; quaeritur utrum ego excusor ab actione si fundus evincatur? Responde quod non, propter dolum quem adhibui; quia tacui cum esse obligatum: est enim hoc judicium bonae fidei. »

Finalmente date più cose comprese in un contratto, il vizio di una di esse dà luogo alla risoluzione del contratto pel tutto, o per quella cosa solamente? Pothier risolve la questione nei seguenti termini.

» Questa quistione si decide mediante alcune distinzioni. Se la cosa che ha il vizio redibitorio sia sola stata l'oggetto principale della vendita, e che le altre siano state vendute come accessorj, la redibizione della cosa principale porterà seco quella di tutte le accessorie. Per es. se è stato venduto un cavallo con tutto il suo equipaggio, la redibizione del cavallo trascina quella dell'equipaggio; il venditore può essere costretto a riprendere il tutto; e *vice-versa*, il compratore non può esercitare l'azione redibitoria pel cavallo, quando egli non restituisca col cavallo tutto l'equipaggio.

» *Contra*, se la cosa principale non era nel caso di redibizione, ma solo vi fosse soggetta alcuna delle cose accessorie, per es. se si fosse venduta una possessione coi cavalli che vi erano, e che uno di essi avesse un vizio redibitorio, non avrebbe luogo la redibizione che per detto cavallo, ed il compratore, offrendo di renderlo, otterrebbe la restituzione del prezzo di detto cavallo.

» Quando le cose vendute siano egualmente principali, è mestieri esaminare se sono state vendute come facendo un tutto insieme, e come tali che l'una non sarebbe stata venduta senza l'altra per es. se siansi venduti due cavalli di carrozza, una coppia di bovi ec., in questo caso il vizio redibitorio di una di dette cose dà luogo alla redibizione di tutto ciò che è stato venduto, e l'azione redibitoria non può in tal caso esercitarsi parzialmente.

» Ma se le cose vendute erano indipendenti le une dalle altre, l'azione redibitoria avrà luogo solo per quella che ha un vizio, ancorchè fossero state vendute tutte per uno stesso prezzo: perchè quantunque questa circostanza unita alle altre, serve a far presu-

mere che le cose non sarebbero state vendute l'una senza l'altra, ella sola non è però decisiva. Perciò l'azione redibitoria potrà aver luogo per questa sola cosa, ed il venditore sarà obbligato a restituirne il prezzo sulla stima che ne sarà fatta sul prezzo totale. È questa la dottrina della legge 38, §. *fin. ec.* e di molte altre. Veggasi *in Pand. Justin. tit. de AEdil. ed. n.* 63 e 64.

» Al contrario, quantunque la separazione de' prezzi sia una forte presunzione che le cose siano state vendute indipendentemente le une dalle altre, pure questa circostanza non è sempre decisiva, e la presunzione che ne risulta deve cedere ad una più forte che risulta dalla qualità delle cose vendute; come ha luogo nel caso sopra mentovato della vendita di una muta di cavalli eguali. Quando la vendita fosse stata fatta al prezzo stabilito per ciascun cavallo, l'azione redibitoria non potrà aver luogo che pel totale: così decide la legge 34, §. 1, ff. *de AEdil. ed. Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 1. *n.* 226. *a* 228.

§. 64. » Il compratore ne' casi contenuti
» negli articoli 1471 e 1473 ha la scelta di
» restituire la cosa e farsi rendere il prezzo,
» o di ritenerla, e di farsi rendere una par-
» te del prezzo a giudizio de' periti. *Art.* 1490
» *Leg. civ.*

Il nostro articolo si stacca dall' art. 1644 del codice francese nella breve trasposizione delle parole *rendere*, *e restituire*, ma più particolarmente nella citazione degli articoli 1641 e 1643 non corrispondenti agli articoli 1471 e 1473 ai quali la sanzione si riferisce. Malgrado questa diversità vediamo che tanto in rapporto all'articolo francese quanto in rapporto al nostro, l'azione redibitoria risultante dai vizj occulti della cosa venduta mette il compratore nel dritto o di restituire la cosa con ripeterne il prezzo, o di ritenere la cosa, e riscuotere quel prezzo, che sarà determinato dai periti.

Non si potrebbe inoltre più analogamente riunire tutto ciò, che riguarda l'azione redibitoria se non ritenendo le dottrine, che su la specie sono esposte da Pothier nei paragrafi seguenti.

§. I.

Di ciò che il compratore ha diritto di domandare in forza di quest' azione.

» In forza dell' azione redibitoria al compratore compete il diritto di domandare lo scioglimento e la nullità del contratto, e che in conseguenza le cose sieno rimesse nello stato medesimo, come se non avesse avuto giammai luogo. *Iudicium redhibitoriae actionis utrinque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere*; *L.* 23, §. 7, ff. *de AEdil. Ed. Facta redhibitoriae, omnia in integrum restituntur, per inde ae si neque venditio intercesserit*: L. 60 ff. *d. tit.*

» Il compratore dunque ha diritto di domandare che il venditore sia condannato a restituirgli il prezzo che gli ha pagato, non che gl' interessi dal giorno del pagamento, fino a che gli sia stato restituito; L. 29, §. 2, ff. *d. tit.*, sempre che il giudice non giudica a proposito di compensarli coi frutti che il compratore dee restituire. Ha pure diritto a domandare che venga condannato a rimborsarlo di tutte le spese del contratto, e di tutte quelle che venne obbligato di fare per la cosa venduta, come sono le spese di trasporto, di dogana ec., non però di quelle che avesse potuto dispensarsi di fare. L. 27, *d. tit.*

» Rispetto ai danni ed interessi pel danno che la cosa venduta ha recato al compratore negli altri suoi beni, non può questi pretenderli che secondo le distinzioni stabilite nell' articolo precedente.

» Le spese di nutrimento di un animale non possono esigersi, dovendosi queste compensare coi servigj che ha potuto prestare al compratore: L. 30, §. 1, ff. *d. tit.*

§. II.

Di ciò che deve offrire il compratore per essere ammesso a quest' azione.

» Il compratore, per essere ammesso a quest' azione, dee dal suo canto offrire di restituire la cosa, se esiste, unitamente al

frutti, quando ne abbia percepiti, purchè non aderisca alla compensazione cogl' interessi del prezzo. Deve anche offrire di rendere tutti gli accessorj della cosa, che gli sono stati consegnati insieme alla medesima.

» Quando la cosa più non esista, se essa ha cessato di esistere senza sua colpa, se per es. il cavallo che ho comperato sia morto della malattia per la quale ho intentata l'azione redibitoria, mi basterà di rendere ciò che ne rimane, come la pelle. Se poi mi è stato venduto con alcuni accessorj, cioè colla briglia, con la sella, sarà d'uopo che io restituisca questi accessorj.

» Se nulla rimane della cosa venduta, per es. se una vacca morta di una malattia contagiosa, a termini dei regolamenti di polizia, sia stata sotterrata colla sua pelle; in questo caso io potrò esercitare l'azione redibitoria senza nulla restituire.

» Se la cosa venduta ha cessato di esistere per colpa del compratore, sarà questi escluso dall' azione redibitoria, per essersi inabilitato per sua propria colpa a soddisfare all' obbligazione? Dalla legge 31, §. 11, ff. *de AEdil. ed.* risulta che il compratore non è perciò escluso dall'azione redibitoria, ma che in questo caso è tenuto soltanto a fare la deduzione al venditore di ciò che varrebbe la cosa venduta nello stato in cui essa sarebbe, se non avesse cessato di esistere per sua colpa. Per la stessa ragione, quando la cosa abbia deteriorato per sua colpa, non è perciò escluso dall' azione redibitoria; ma è semplicemente obbligato a far ragione al venditore, cui la rende, di ciò che essa vale di meno per sua colpa: L. 24 ff. *d. tit.*

» Queste decisioni sono tutte conformi all' equità; perchè basta che il venditore sia indennizzato della mancanza commessa dal compratore rispetto alla cosa venduta; egli non deve profittarne ed arricchirsene, come accaderebbe se fosse per tale motivo esonerato dall' azione redibitoria cui è tenuto.

» Qualche volta però il compratore che col proprio fatto si è reso inabile a restituire la cosa, deve perciò essere dichiarato inammissibile nell' azione redibitoria. Ha luogo ciò quando ha disposto della cosa, quando l'ha impiegata, e ne ha tratto vantaggio, come avrebbe fatto se non avesse avuto alcun vizio. Arg. L. 47, ff. *d. tit.*

§. III.

Differenza tra il compratore ed il venditore rispetto all' azione redibitoria.

» Vi sono alcune differenze concernenti l'azione redibitoria, tra il compratore cui è deferita un' azione, ed il venditore contro cui essa è promossa, le quali meritano d'essere rimarcate.

» Dalla parte del compratore ella è indivisibile. Perciò se il compratore lascia più eredi, uno di questi non può esercitarla soltanto per la sua parte; è necessario che l'esercitino tutti. La ragione è che il venditore soffrirebbe danno; quando fosse obbligato di riprendere per una sola parte la cosa venduta: L. 31, §. 5, ff. *de AEdil. ed.* La stessa azione al contrario è divisibile dalla parte del venditore contro il quale viene promossa. Quindi se il venditore lasci più eredi, può benissimo il compratore esercitare solo contro uno di essi l'azione redibitoria, e non esercitarla contro gli altri: perchè in ciò quello erede contro cui si promove quest' azione ed il quale è condannato a riprendere la cosa per la porzione di cui è erede, ed a restituire il prezzo per la stessa porzione, non soffre alcun pregiudizio; attesochè anche quando l'azione si esercitasse contro tutti, avrebbe sempre solo questa parte nella cosa, *d. l.* 31, §. 10.

» Ciò che abbiam detto di più eredi di un compratore, ha luogo del pari riguardo a più compratori, quando la cosa sia stata loro venduta *sub specie unitatis*, quantunque non siansi obbligati solidalmente al pagamento del prezzo. Imperocchè in tal caso non vi è che un contratto di vendita di una sola cosa, e per conseguenza l'azione redibitoria non può essere esercitata che da tutti i compratori. Non è lo stesso quando molti abbiano acquistata una cosa, ciascuna per una determinata quantità: vi sono allora tanti contratti di vendita quanti vi sono compratori, ciascun de' quali ha comperata una parte; e

per conseguenza ciascuno di loro può esercitare l'azione redibitoria separatamente per la parte che ha comperata: il venditore non può dolersene, e deve imputare a se stesso di aver loro venduto per porzioni, d. §. 10.

» Vi è ancora un'altra differenza tra il venditore ed il compratore, concernente l'azione redibitoria. Il venditore è precisamente obbligato, e può essere costretto alla restituzione del prezzo; il compratore non è obbligato alla restituzione della cosa venduta. Quando egli non la restituisca, il venditore non può costringervelo, può solo ottenere di essere esonerato dalla restituzione del prezzo; L. 29, ff. *AEdil. aed. Pothier. Trat. del cont. di vendita vol. 1. n. 217. a 225.*

» §. 65. Se il venditore conosceva i vizj
» della cosa venduta è tenuto, oltre alla re-
» stituzione del prezzo ricevuto, a tutti i danni
» ed interessi verso il compratore. *Art. 1491.*
» *Leg. civ.*

È uniforme il rescritto dell'imperatore Antonino.

» Si non simpliciter, sed consilio frandis servum tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque fugitivus abest, non solum in precium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum, quod per eum tibi accidit, competens judex, ut jampridem placuit, praestari jubebit. *L. 1. Cod. de aedilitiis actionibus.*

Casus. Si sciens mihi ignoranti servum vitiosum vendidisti, non solum ad precium, se ad damnum teneris. »

Riflette Domat che » se al venditore fossero noti i difetti della cosa venduta, non solo sarà tenuto a' danni ed interessi ma sarà di più risponsabile delle conseguenze, le quali avrà potuto cagionare il difetto della cosa. Così colui che avesse venduto una grege di montoni, e sapendo essere infettata da un male contagioso non lo avesse dichiarato, sarà tenuto alla perdita dell'altro bestiame del compratore, che da questo male contagioso fosse stato infettato. Lo stesso accaderebbe se il venditore fosse obbligato di conoscere i difetti della cosa venduta, quantunque pretendesse averli ignorati. Così se un architetto, somministrando i materiali per un edificio, ve ne avesse frammischiati alcuni di cattiva qualità sarebbe tenuto al danno che mai accader potesse. *Si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri; si sciebat etiam damni quod ex eo contingit. L. 45. D. de contrah. empt. Domat. Leggi civ. Lib. 1. tit. 2. sez. n. 7.*

» A questo proposito, dice Pothier, è mestieri distinguere il caso in cui il venditore ignori il vizio redibitorio, ed il caso in cui ne abbia notizia. Nel primo caso, la garentia ordinariamente non si estende che alla cosa venduta; il venditore è obbligato a restituire al compratore il prezzo che gli è costato per averla, e non è tenuto al risarcimento del danno che il vizio della cosa venduta ha recato al compratore negli altri suoi beni. Nel secondo caso, quando il venditore aveva cognizione del vizio, è tenuto altresì al risarcimento di tutti i danni ed interessi che questo vizio, del quale non ha avvertito il compratore, gli ha recati negli altri suoi beni; perchè questa reticenza del venditore è un dolo che ha commesso verso il compratore, che l'obbliga alla riparazione di tutto il pregiudizio che ne risulta.

» Quantunque il venditore non abbia avuta una formale contezza del vizio della cosa venduta, a questo riguardo si considera come se l'avesse avuta, quando avendo un legittimo motivo di sospettarlo non ne ha fatta parola col compratore; avvegnachè tale reticenza è un dolo. Per. es. se ha venduto qualche animale che sapeva venire da paese ove regnava una malattia contagiosa; quantunque non abbia avuta una cognizione formale che questo animale fosse effettivamente preso da questa malattia, deve esser punito egualmente come se ne avesse avuta la certezza, e per conseguenza è responsabile verso il compratore di tutti i danni ed interessi che gli ha cagionati questo animale, comunicando agli altri il contagio di cui era infetto. Imperciocchè è un dolo l'avere nascosto al compratore che l'animale veniva dal paese ove regnava la malattia.

» Havvi però un caso nel quale il venditore è obbligato alla riparazione del danno che il vizio della cosa venduta ha recato al compratore negli altri suoi beni, quando an-

che ei lo abbia ignorato: ciò ha luogo quando il venditore è un artefice o un mercante che vende le opere della sua arte o del commercio di cui fa professione. Questo artefice o mercante è tenuto alla riparazione di tutto il danno che il compratore ha sofferto dal vizio della cosa venduta, servendosene per l'uso cui essa è destinata, anche allorquando detto artefice o mercante pretendesse avere ignorato tale vizio. Per es. se un bottajo o un mercante di botti me ne ha vendute diverse e che, per qualche difetto di alcuna di esse, il vino che io vi avessi riposto entro si fosse perduto, egli sarà obbligato a rimborsarmi il prezzo del vino che ho perduto. Similmente, quando il legname della botte, per la sua cattiva qualità, abbia comunicato un cattivo odore al vino che vi ho messo, in tale caso l'uso vuole che il bottajo o mercante di botti sia condannato a prendere per suo conto il vino guasto, ed a pagarmelo al prezzo che vale quello che non è guasto. La ragione è che un artefice, relativamente alla professione dell'arte sua, *spondet peritiam artis*; egli si costituisce responsabile della bontà delle sue opere, per l'uso cui sono esse naturalmente destinate, verso tutti coloro che seco contrattano. La sua imperizia o mancanza di cognizione in tutto ciò che concerne l'arte sua, è una mancanza che gli è imputata, niuno dovendo professare pubblicamente un'arte, quando non abbia tutte le cognizioni necessarie per bene esercitarla. *Imperitia culpae annumeratur.* L. 132, ff. *reg. jur.* Lo stesso è pure relativamente ad un mercante, sia o non sia fabbricante: attesa la professione che fa del suo commercio, egli si fa mallevadore della bontà delle mercanzie che smercia, per l'uso cui esse sono destinate. Imperciocchè se è fabbricante, non deve impiegare per fabbricarle se non dei buoni artefici, del fatto dei quali egli risponde; se poi non è fabbricante, non deve esporre in vendita se non delle buone mercanzie; ei deve conoscerle, e non vendere che le buone.

» Si osservi che per quanto sia difettosa la cosa che ha venduta un artefice o un mercante, se il compratore se ne è servito per altro uso diverso da quello cui era destinata, il venditore non sarà tenuto al risarcimento del danno che il suo vizio avrà recato al compratore, se non fino alla concorrenza della somma cui al più avrebbe potuto ascendere il danno che avrebbe potuto soffrire, se si fosse servito della cosa per l'uso cui essa era destinata. Conciossiachè il venditore, professando pubblicamente l'arte sua o il suo commercio, si obbliga verso il pubblico soltanto a far sì che le sue mercanzie sieno proprie all'uso cui sono destinate, e non si assoggetta che al risarcimento dei danni che può soffrire il compratore servendosi della cosa a detto uso e non più oltre. Ei però è tenuto al risarcimento del danno almeno fino a tale concorrenza, quantunque il compratore siasi servito della cosa per qualsivoglia altro uso; perchè se egli non dee soffrire a ragione che il compratore si è servito della cosa per un altro uso, non dee nemmeno profittarne.

» Secondo questi principj, se io ho comperate delle botti da un bottajo di Normandia, il quale faceva le botti proprie per riporvi del *sidro*, e che io vi abbia messo del vino o dell'acquavite che siasi perduta, il bottajo non sarà tenuto a risarcirmi il prezzo del vino, o dell'acquavite ch'io ho perduta: ma se le botti erano difettose in modo che si sarebbe perduto egualmente il sidro che vi fosse stato messo, egli sarà tenuto al risarcimento della perdita che io ho fatta del vino o dell'acquivite sino alla concorrenza del prezzo per un'eguale quantità di sidro. Se poi le botti erano idonee a contenere il sidro, benchè non lo fossero per contenere un liquore più forte, le dette botti non essendo destinate che per lo sidro, in tal caso non possono esser considerate difettose; ma è la colpa se me ne sono servito per un uso differente. *Molineo tr. de eo quod interest*, *n.* 16.

» Eccetto tali casi di un artefice o di un mercante, il venditore che non ha avuta nè cognizione, nè alcun fondato sospetto di vizio redibitorio, è semplicemente tenuto a restituire il prezzo al compratore, il quale deve restituirgli la cosa, e non è responsabile per nulla del danno cagionato da tale vizio al compratore negli altri suoi beni. Quindi se in luogo di comperare le mie botti da un bottajo o da

un mercante, io le ho comperate da un particolare che mi ha vendute quelle che gli erano superflue, e che alcuna di esse si trovi difettosa, non sarà obbligato verso di me che alla restituzione del prezzo, ma non sarà tenuto ad indennizzarmi della perdita del vino che ho sofferta dal vizio di detta botte.

„ Però Molineo nel suo trattato *de eo quod interest*, *n.* 53, osserva molto a proposito che detto particolare dovrà cedermi i suoi diritti ed azioni, quando ne abbia, contro il bottajo o mercante dal quale ha comperate le botti difettose che mi ha vendute, ond'io l'eserciti in sua vece per mio conto ed a mio rischio. Imperocchè la vendita che quegli mi ha fatta, non deve portar vantaggio al bottajo che è in colpa, e dispensarlo dalla sua obbligazione; e si considera che il particolare che me le ha vendute mi abbia ceduti unitamente alle dette botti tutti i suoi diritti rispetto ad esse. Quando io però eserciti i diritti del mio venditore contro il bottajo, non potrò domandare al mio venditore la restituzione del prezzo. *Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 1. *n.* 212. *a* 216.

» §. 66. Se il venditore ignorava i vizj del» la cosa, non sarà tenuto, se non alla re» stituzione del prezzo, ed a rimborsare al » compratore le spese fatte per occasione della » vendita. *Art.* 1492. *Leg. civ.*

Ulpiano su l'autorità di Giuliano distingue la vendita che alcuno faccia di una cosa da lui conosciuta viziosa dalla vendita di una cosa di cui alcuno ne ignori il difetto; nel primo caso il venditore è tenuto ai danni, ed interessi, nel secondo caso alla restituzione del prezzo.

„ Julianus libro XV. inter eum qui sciens quid, aut ignorans vendidit differentiam facit in condemnatione ex empto. Ait enim qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si esse ita scissem. Si vero sciens reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimenta quae ex ea emptione emptor traxerit praestaturum ei. *L.* 13. *§.* 1. *D. de action. empti et vend.*

Casus. Jurisconsultus facit differentiam inter eum qui rem vitiosam vendit sciens, et eum qui ignorans vendit: quia qui sciens vendit tenetur ad interesse, qui vero ignorans tenetur ad pretium reddendum. „

» §. 67. Se la cosa difettosa è perita in » conseguenza della sua cattiva qualità, la » perdita va a carico del venditore, il quale » è tenuto verso il compratore alla restitu» zione del prezzo, ed alle altre indennità » spiegate nè due articoli precedenti.

» Ma la perdita avvenuta per caso fortuito » è a carico del compratore. *Art.* 1493. » *Leg. civ.*

Il primo paragrafo di questo articolo è la conseguenza dell'articolo 1489 (§. 63) Ivi stabilito il caso dei vizj occulti non manifestati dal venditore nel momento del contratto doveva estendersi agli effetti, che siano a risultare; a quale oggetto il mezzo della frode al dir dell'imperatore Antonino giustifica la ragione di ripetersi dal compratore il prezzo non solo, ma benanche la riparazione del danno avvenuto.

» Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum quis vendiderit, isque fugitivus abest; non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum quod per eum tibi accidit, competens judex, ut iampridem placuit, praestari jubebit. *L.* 1. *Cod. de aedilitiis actionibus.*

Casus. Si sciens mihi ignoranti servum vitiosum vendidisti, non solum ad pretium, sed ad damnum teneris. „

Brunnemanno dopo aver distinte le azioni redibitoria, ed estimatoria da sperimentarsi nel soggetto caso, le applica alla soluzione di diverse questioni, relative non meno alla frode per parte del venditore, che in rapporto alla ignoranza del compratore.

» Aedilitiae actiones duae sunt, scilicet redhibitoria ad redhibendam rem dicta, et aestimatoria, seu quanti minoris ad remissionem partis pretii, ob vitium rei. Et quamvis de utroque actione empti agi possit per *L.* 11. §. 3. *D. de act. empti* aediles tamen in specie huic rei providere voluerunt, et dare actionem poenalem. Nam si judicis arbitrio veditor non paruerit, crescit in duplum actio aedilis, quia poenalia et arbitraria est per *L.* 45. *L.* 23. §. 4. *et L.* 25. *h. t.* ut Cujacius

ad *hunc titulum*, et Zasius ad §. *praeterea Just. de actionib. n.* 11. Pone ergo me dominum, servum fugitivum, vel alias vitiosum, non simpliciter, id est per ignorantiam, sed scienter et ita dolose, eo quod vitium illud absconditum, revelare debuissem *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* tibi vendere, jam ille servus a te fugit, et res quasdam secum abstulit, ne solus fugeret, quaeritur 1. an hic detur aedilitia actio? videtur quod non, quia hic non est corporis sed animi vitium. Sed affirmatur, quia hoc vitium animi, quia corpus servi reddit inutile, omnino detegendum erat: 2. quaeritur, an etiam teneatur restituere damna? et responde, si ignorans vitium vendidit, non teneri ipsum, sed si sciens non tantum ad pretium restituendum, sed etiam ad omne interesse ipsum teneri *L. Julianus.* 13. *pr. D. de action. empti L.* 23. §. 8. *h. t.* Collige etiam ex hoc testu; si emptor sciat vitium non dari ipsi actionem, quia sciens non fallitur. Sed quid si ignoret quidem supine et crasse, an non tunc pro sciente habebitur? responde per distinctionem; aut scivit venditor aut ignoravit, si ignoravit licet etiam supine, emptor non habet actionem, quia supina ignorantia pro scientia est. Sed si scivit venditor dolus ejus culpae emptoris praeponderat *arg. L.* 38. *in fi. L.* 55. *D. h. t. Glos. in L.* 19. §. *fin. in voce currit. h. t. Brunnemanni Com. in cod. lib.* 4. *tit.* 58. *de aedelit. actionib. ad L.* 1.

D'altronde la perdita della cosa venduta, nei termini dello stesso paragrafo primo del nostro articolo, può avvenire per colpa del compratore; in tale ipotesi il danno è suo. Quindi è mestieri esaminare con Ulpiano l'indole di questa colpa.

» Si mancipium quod redhiberi oporteret, mortuum erit, hoc quaeritur nunquid culpa emptoris vel familiae ejus vel procuratoris homo demortuus sit; nam si culpa ejus decessit pro vivo habendus est, et praestantur ea omnia quae praestarentur si viveret (*hoc potest intelligi cum venditor admittit emptorem agentem redhibitoria, licet ejus culpa perierit servus: praestabitur enim venditori aestimatio servi; et restituentur accessiones et damna in servum ab emptore, et ejus familia data.*) Culpa (*ideo generaliter dixi de culpa emptoris quia non tantum latam sed etiam levem praestat, non levissimam*) omnem accipiemus non utique latam (*scilicet tantum*). Propter quod dicendum est, quamcunque occasionem morti emptor praestitit debere eum teneri etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit sed culpa sua. Sed hoc dicemus si ante judicium acceptum decessit. Caeterum si post judicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium judicis veniet, qualiter mortuus sit. Ut enim et Paedio videtur quaecunque post litis contestationem contingunt, ea arbitrium judicis desiderant. *L.* 31, §. *D. de aedilitio edicto.*

Osserviamo inoltre col tribuno Faure che » il venditore non può dispensarsi da restituire il prezzo sotto pretesto che la cosa più non esiste, e che sia perita anche quando trovavasi in possesso del compratore: basta che costui provi essere perita per conseguenza della sua mala fede. Infatti acquistata questa prova è evidente che il compratore non può essere trattato meno favorevolmente che se avesse restituita la cosa prima che questa vendita avvenisse. Egli non l'avrebbe prima restituita se non perchè il vizio che aveva ne impediva l'uso, e niuna cosa giustifica meglio l'impedimento dell'uso quanto la perdita avvenuta. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 71.

Il secondo paragrafo del nostro articolo lascia poi a danno del solo compratore ogni perdita che avvenga indipendentemente dai vizj conosciuti, o ignoti di cui fosse attaccata la cosa venduta. Così gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano.

» Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emptoris pertinet. *L.* 3. §. 1. *Cod. de aedilitiis actionibus.*

» §. 68. L'azione redibitoria che risulta » da'vizj della cosa dee proporsi dal compra- » tore fra un breve termine, secondo la qua- » lità de' vizj, e la consuetudine del luogo » dove è stata fatta la vendita. *Art.* 1494. » *Leg. civ.*

L'imperatore Gordiano circoscrisse a sei mesi il periodo in cui dee sperimentarsi l'azione redibitoria.

» Cum proponas servum, quidem pridem

comparasti post anni tempus (*currentis a tempore venditionis*) fugisse, qua ratione eo nomine cum venditore ejusdem congredi quaeras non possum animadvertere. Etenim redhibitoriam actionem sex mensium temporis, vel quanto minoris anno concludi (*tamen actione ex empto potest agere*) manifesti juris est. *L. 2. Cod. de aedilitiis actionibus.*

Casus. Si servus quem comparasti post annum fugit, cessat redhibitoria; quia redhibitoria sex mensibus, et quanti minoris anno finitur. »

Ulpiano distingue il tempo secondo le azioni: l'azione redibitoria rimaneva prescritta nel termine di sei mesi, l'altra per la diminuzione del prezzo ad un anno.

» Tempus autem redhibitionis sex menses utiles (*quando vitium supine ignoravit, alias si scivit non agitur. Item si ignoravit non supine, tunc ex die quo scivit*) habet. Si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est, sed tempus redhibitionis die venditionis currit (*sed probo contrarium quod non, scilicet ex die venditionis, aut enim uterque, scilicet venditor, et emptor sciebat vitium, et tunc non currit a tempore venditionis praescriptio sex mensium*); aut si dictum promissumve quid est; ex eo ex quo dictum promissumve (*scilicet post venditionis diem, scilicet currit ex tunc tempus*) quid est. *L. 19. §. ult. D. de aedilitio edicto.*

Da qual momento incomincia a correre il tempo da promoversi quest'azione?

» Il tempo per esercitare la redibitoria, risponde Domat, incomincia a correre dopo che il compratore ha potuto riconoscere i difetti della cosa venduta, purchè questo tempo non fosse stabilito da qualche consuetudine, o si fosse convenuto che il compratore non potesse produrre le sue istanze se non fino ad un certo tempo. Ma nel caso ancora di una dilazione prefissa, il compratore potrà essere ammesso, anche dopo questa dilazione, e potrà il giudice decidere secondo le circostanze. *Si quid ita venierit, ut nisi placuerit intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur. Si autem de tempore nihil convenit, in factum actio, intra sexaginta dies utiles, accommodatur emptori ad redhibendum, ultra non. Si vero convenerit ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere. Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeterierit, causa cognita judicium dabitur. L. 31. §. 21. D. de aedil. ed. Domat leg. civ. lib. 1. tit. 2. sez. 11. n. 18.*

» Le leggi romane, osserva Maleville, davano sei mei per l'azione redibitoria, ed un anno per l'estimatoria.

» Il nostro articolo si attiene alla pratica dei luoghi, ma varia singolarmente. Pothier dice che l'azione per li difetti de' cavalli e delle vacche era ad Orleans di 40 giorni. Lo stesso dice Basnage per la Normandia. Brodeau asserisce, che quest'azione a Parigi non dura più di nove giorni. Coquille allega il costume del Borbonesse, ove quest'azione non trascorre lo spazio di otto giorni, nel quale intervallo di tempo si formava il dritto comune.

» Ma vi sono certi vizj eccettuati da questa regola, perchè non appajono che a lunghi tratti di tempo. A modo di esempio un cavallo lunatico può essere venduto il giorno susseguente ch'egli ha ricuperata la vista. Il suo difetto non si manifesterà che dopo un mese. La prescrizione non dee secondo il parer mio cominciare che a quest'ultima epoca. Tale eziandio è il sentimento della legge 45, *Maleville. Osservaz. all'art. 1648. del cod. civ.*

» Cum sex menses utiles (*scilicet praescriptionem inchoandam non confirmandam*) quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur: non videbitur potestatem experiundi habuisse (*loquitur haec lex quando venditor scivit vitium, sed emptor supine ignoravit*) qui vitium fugitivi latens ignoravit: non tamen idcirco dissolutam ignorantiam emptoris excusari oportebit. *L. 45. D. de aedilitio edicto.*

Nella corte di appello di Brusselles fu deciso a 29 messidoro anno 13, che il mercante il quale pretende aver comprato un cavallo attaccato di *bolsaggine* dee provare che questo vizio esisteva al tempo della vendita.

» *Fatto.* Cogels compra un cavallo da Classens sotto la garentia ordinaria tra i mercanti.

» Avendo concepito qualche sospetto che questo cavallo avesse troppo fiato, obbliga

Classens a riprenderselo, e ne riclama il prezzo.

» Sul rifiuto di costui, Cogels intenta l'azione redibitoria.

» Il venditore sostiene per sua difesa, che la malattia da cui è tocco il cavallo in quistione, non gli è sopravvenuta che dopo la vendita.

» Sentenza delli 12 brumale, anno 13, colla quale il tribunale di Brusselles obbliga l'acquirente a giustificarsi che questa malattia esisteva al tempo della vendita.

» Ma Cogels riguardando questa prova come superflua ed onerosa, interpone l'appellazione.

» Il convenuto gli oppone una inammissibilità per la ragione che la sentenza non è che *preparatoria*, e per conseguenza nel caso della legge 3 brumale, anno 2.

» L'appellante la sostiene *definitiva*, 1. in ciò che ordina irrevocabilmente una prova che non era in verun modo necessaria, e che si trova in opposizione cogli usi locali; 2. in ciò che gli s'impone una condizione in un caso in cui egli doveva ottenere una condanna senza alcun preliminare; 3. in ciò che i giudici si sono legate le mani, ed hanno fatto dipendere l'esito della lite da un'informazione superflua.

» È possibile, diceva egli, che anche allorquando il cavallo spingesse troppo fiato, al momento della vendita io non arrivi a giustificare questo fatto. Ciascun sa con qual arte certi mercanti nascondano i difetti interni de' loro cavalli: ciascun sa con quali medicamenti essi distruggano momentaneamente i caratteri della malattia. Allora non potrebbe farsi la prova ordinata, ed il convenuto trionferebbe precisamente, perchè ha impiegato mezzi criminosi onde ingannare la mia buona fede. I giudici mi condannerebbero per la sola ragione che hanno subordinata la vincita della lite ad una prova che non era esigibile!

» Per una parte si deve riguardare come definitiva ogni sentenza interlocutoria colla quale il tribunale ha vincolato irrevocabilmente la sua coscienza: per l'altra parte è più conforme ai principj, all'equità, alla ragione di *presumere* che la malattia non è sopravvenuta nel corto intervallo, durante il quale è ammissibile l'azione redibitoria, che anzi all'opposto esisteva prima della vendita. *Praecessisse vero vitium tunc presumendum, cum brevi post venditionem apparuit. Voet ad* ff. lib. 21. t. 1. n. 8.

» Il convenuto rispondeva che una sentenza *preparatoria* è quella che vien data durante il corso dell'istanza, per *preparare* la decisione della lite. Tale è il carattere di quella da cui si appella: il di lei oggetto è di procurare ai tribunali uno schiarimento sopra un fatto essenziale. Essa non è *definitiva* sotto alcun rapporto; non è nel caso contemplato dalla legge 5 brumale.

» Ma, supponendo che si potesse attaccarla, i principj ch'ella consacra sono troppo noti per dar luogo alla minima controversia. Niuna cosa è più costante, che il venditore sia obbligato a *provare* che il difetto di cui si lagna, esistesse prima della vendita; gli accidenti sopravvenuti posteriormente sono a carico di lui: è regola generale del diritto romano: regola che è stata insegnata dagl'interpreti, e che deve essere seguita a' nostri giorni. *V. Tulden ad Cod. lib.* 4. *tit.* 58. *n.* 6. *Deghewiet part.* 5. *tit.* 1. *delle azioni tit.* 4. *istituzioni al diritto belgico.*

» La corte,

» Atteso che imponendo a Cogels l'obbligazione di provare che il cavallo di cui si tratta, *nel tempo della vendita* che glie n'è stata fatta, era attaccato dal difetto redibitorio da lui allegato, il primo giudice ha consacrato i principj riconosciuti sulla materia, e non gli ha fin qui imposto alcuna eccezione.

» Dichiara l'appellante quanto al presente senza eccezione. »

» §. 69. L'azione redibitoria non ha luogo nelle vendite giudiziali. Nemmeno ha luogo nelle vendite di mobili, che si fanno nelle fiere e ne pubblici mercati; purchè non vi sia convenzione particolare. *Art.* 1495. *Leg. civ.*

Così Ulpiano.

» Illud sciendum est, edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales. *L.* 1. §. 3. *D. de aedilitio edicto.*

» Non si sono a questo proposito, dice Maleville, distinti i vizj che porgono argomento

all' azione redibitoria. In fatti variano sopra ciò i costumi, e gli usi. Comunemente si tiene che tre cause dieno per gli cavalli origine a quest'azione: il moccio, la bolsagine, la stanchezza delle membra. Basnage vi aggiunge, ed io credo che si debba aggiungere ancora, l'essere lunatico.

» Quanto ai vizj che per le pecore, vacche, e porci fanno ammettere l'azione redibitoria, è d'uopo consultare lo stesso Basnage all'articolo 40 della consuetudine di Normandia.

» Le leggi romane a somiglianza del codice nostro tenevano conto di tutto ciò che rende la cosa impropria all'uso, cui è destinata. *Non tamen* dice la legge 4 *hic* in riguardo alle bestie da soma, *si pavida vel calcitrosa sint*; la legge 1. §. 8. *nec si levissimum*; la legge 37. *D. de dolo*; *nec propter id quod commendandi causa dictum est*; la legge 18 *hic*: ne *id quod affirmaverit venditor*, *amare ab eo exigatur*; la legge 19 *admittenda sunt quae sic dicuntur ut praestarentur non ut jactentur.* Queste ultime massime sono applicabili ai casi, in cui si pretendesse avere il venditore garentiti tutti i vizj.

» La legge 49 *hic* dice, che vi è motivo di risoluzione di vendita, se un immobile *pestilens sit vel lethiferas herbas agat.*

» Pothier n. 206 dice che un vizio il quale porta seco l'azione redibitoria è per una trave l'esser fracida, e per un barile l'essere muffato. *Maleville. Osservaz. all'art.* 1649. *del cod. civ.*

Delle obbligazioni del compratore.

» §. 70. La principale obbligazione del » compratore è di pagare il prezzo nel giorno » e nel luogo determinati nel contratto di » vendita. *Art.* 1496. *Leg. civ.*

È massima consagrata da Ulpiano, che indipendentemente dalla volontà del creditore non possa costui essere soddisfatto in altro luogo fuori quello in cui siasi convenuto di adempiersi al pagamento.

» Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest. *L.* 10. *D. de eo quod certo loco.*

Quando siasi convenuto di farsi il pagamento per un determinato tempo, ed in un luogo designato, l'offerta che se ne faccia in tempo diverso, ed in altro luogo, non scusa, al dir di Scevola, il debitore se mai precisamente non voglia stare alla convenzione.

» Qui Romae pecuniam mutuam acceperat solvendam in longinqua provincia (*non ergo alias solvere potest invito stipulatore*) post menses tres, eamque ibi dari stipulanti spoponderat: post paucos dies Romae testato (*id est coram testibus*) creditori (*a quo acceperat mutuum*) dicit (*debitor*) paratum se esse Romae eam numerare (*et sic ante terminum*) detracta ea summa, quam creditori suo usurarum nomine dederat. Quaesitum est: cum integram summam in quam ex stipulatione obligatus est, obtulerit in eo loco in quo solvenda promissa est sua die (*idest post tres menses*) integra peti possit? Respondeo posse stipulatorem sua die ibi, ubi solvendam stipulatus esset, petere. *L.* 122. *D. de verb. obligat.*

Casus. Eramus Romae tu et ego, carebas pecuniis, quare ad me venisti petens ut tibi pecuniam mutuare sub usuris; quam promittebas mihi reddere Parisiis post tres menses: dedistique mihi certam partem usurarum: post paucos dies venisti ad me, et obtulisti mihi pecuniam quam mutuatus fueras a me, detracta ea summa usurarum quam mihi dederas: ego nolui recipere pecuniam, Post haec cum venissemus Parisios volui te ibi convenire, utrum possim? respondo quod sic, licet mihi pecuniam Romae obtuleris. »

Promesso il pagamento in un mese senza designarsi il giorno, Ulpiano decide che s'intende del primo giorno del mese.

» Eum qui calendis januariis stipulatur, si adjiciat primis vel proximis, nullam habere dubitationem palam est; sed si dicat secundis vel tertiis, vel quibuslibet aliis (*scilicet calendis*) aeque dirimit quaestionem: si autem non addat quibus januariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit; hoc est quid inter eos acti sit: utique enim hoc sequimur quod actum est, easque (*scilicet calendas*) assumemus, si autem non appareat, dicendum est, quod Sabinus primas calendas (*nisi natura aliud inducat*, *ut partum Arethusae ca-*

lendis januariis; nam de iis quae post partum sunt intelligitur) januarias spectandas. Plane si ipsa die calendarum quis stipulationem interponat quid sequemur? et puto actum videri de sequentibus (*quia quod est minimum sequendum est*) calendis.

» *Si dies non additur praesenti die debetur: hoc dicit Bart.* »

» Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri: verum dies adjectus efficit ne praesenti die pecunia debeatur; ex quo apparet dici adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Idem in idibus, et nonis probandum est, et generaliter in omnibus diebus. *L.* 41. *D. de verbor. obligat.*

Casus. Sunt certi dies in quolibet mense qui idus vocantur, alii vero calendae. Ego promitto tibi quod solvam tibi calendis januariis, sunt forte multi dies hujus mensis qui continentur sub calendis; de qua ergo die calendarum intelligitur in stipulatione? si sit expressum per nos, qua die solvatur illi promissioni, si non sit expressum, considerabitur de qua die senserimus; si autem non possumus veritatem facti invenire intelligitur promissio facta in primam diem calendarum. Sed pone quod hodie incipiunt calendae hujus mensis, et hodie mihi promittis dare calendis, quaeritur de quibus intelligitur? responde, quod de sequentibus intelligitur facta promissio.

Quoties autem. Titius stipulatus est a Maevio; Maevi, promittis mihi dare centum ex causa tali? respondet Maevius: promitto: quaero, quando debeatur ista centum? et responde, quod praesenti die factae stipulationis. Sed ponamus sic: dicit idem Titius cum esset Lugduni cum Maevio: Maevi, promittis mihi dare centum scuta Parisiis pro tali causa? respondet Maevius; promitto: certe hic non debetur die praesenti; quia expectandum est quod Maevius possit venire Parisios, et postea facit unam illationem quae clara est, ibi, e quo, etc. *Franc. Acc.*

È inoltre da osservarsi con Pomponio che convenuto il pagamento in un tempo determinato, nel fine di questo tempo può solo astringersi il debitore.

» Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus anni, vel mensis praeteritis non recte petebat. *L.* 42. *D. de verbor. oblig.*

Casus. Promisi tibi dare centum aureos anno praesenti, tu non potes me convenire, nisi in fine anni. »

Quindi insegna Ulpiano che variandosi in una seconda convenzione il tempo del pagamento stabilito nella precedente, questo secondo tempo dee aver luogo.

» Qui sic stipulatur (*animo novandi*): quod te mihi illis calendis dare oportet, id dare spondes? videtur non hodie stipulari (*ut obligatio praesens sit vel pura*) sed sua die, hoc est calendis. *L.* 47. *D. de verb. obligat.*

Casus. Debebas mihi centum ex causa venditionis cujusdam fundi, quae solvere debebas in festo Pentecostis; ego ut magis securus essem stipulatus sum a te illa centum hoc modo: promittis mihi solvere illa centum quae mihi debes in festo Paschae? ille respondet: promitto: quaeritur an statim petere possim vel an debeam expectare usque ad festum Paschae? et responde, quod debeo expectare ad festum Paschae: nec ante possum petere: quia videtur repetita dies Paschae in ista stipulatione. »

Finalmente convenuto il pagamento da eseguirsi in un luogo, risulta per conseguenza tacitamente compreso il tempo che dee correre per tale adempimento. Così Paolo.

» Interdum pura stipulatio ex re (*non ex die, vel sub conditione*) ipsa dilationem capit; veluti si id quod in utero (*Arethusae*) sit, aut fructus (*fundi Semproniani*) futuros, aut domum aedificari stipulatus sit. Tunc enim incipit (*cum effectu*) actio, cum ea per rerum naturam praestari potest (*vel per eum factum est quo minus possit*). Sic qui Carthagini dari stipulatur cum Romae sit; tacite tempus complecti videtur (*arbitrio judis statuendum*) quo perveniri Carthaginem potest. Item si operas a liberto quis stipulatus sit, non ante dies earum cedit, quam indictae fuerint, nec sint praestitae. Si servus hereditarius stipulatus sit nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi conditionem (*idest si adeatur hereditas*) habeat. Idem est, et in servo ejus, qui apud hostes est. *L.* 73. *D. de verb. obligat.*

Casus. Certum et indubitatum est quoties quis aliquid pure promittit quod possibile est praestari statim debetur. Sed ponamus: Titius promittit mihi fructus fundi cujusdam, vel promittit mihi foetum aliquem, qui adhuc est in utero, certe in hac stipulatione inest dilatio tacite, scilicet donec fructus nascantur, vel id quod in utero est producatur, et ponit de hoc duo exempla quae sunt clara. Si servus. Titius defunctus reliquit heredem: erat autem in hereditate Titii servus quidam Stichus, qui antequam adiretur hereditas, stipulatus est a Maevio centum dari heredi futuro Titii. Ista stipulatio non valet nisi adita fuerit hereditas, quia non sumit vires. Idem est si servus stipuletur domino, qui est apud hostes; nam si revertatur dominus valet stipulatio: si non revertatur non valet. *Frac. Accurs.*

» §. 71. Se ciò non è stato determinato
» nel contratto, il compratore dee pagare nel
» luogo e nel tempo in cui dee farsi la tra-
» dizione. *Art.* 1497. *Leg. cir.*

È regola dettata da Pomponio.

» In omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur. *L.* 14. *D. de reg. juris.*

Inoltre osserva Delvincourt che il pagamento nel soggetto caso si esegue nel luogo, e nell'epoca in cui dovea farsi la consegna; quando anche non si facesse. » Abbiam veduto in effetti che la perdita della cosa per caso fortuito estingue in persona del venditore l'obbligo di consegnare, ma non quello di pagare in persona del compratore.

» Del resto dietro il principio stabilito nell'articolo 1651 (1497) appunto è che bisogna aver per fermo 1.° che nelle vendite fatte a denaro contante, la consegna fa presumere il pagamento: 2.° che vi è termine pel pagamento senza determinazione del *dies a quo*, la dilazione non dee correre che dal giorno della tradizione (argom. tratto dalla *L.* 48. *D. de jure dotium*). Dapoichè quando una dilazione è conceduta, non può esserla che dal giorno in cui il pagamento avrebbe potuto essere preteso, ove non vi fosse stato alcun termine: il tutto qualora non siavi patto in contrario.

» La corte di cassazione a' 14 giugno 1813 decise che l'articolo 1651 (1497) non era applicabile alle vendite fatte a denaro contante, e che nelle vendite fatte con dilazione bisognava riferirsi all'articolo 1247 (1200) il quale stabilisce che il pagamento dee farsi nel domicilio del debitore. La distinzione adottata da questo arresto è fondata sul riflesso che nelle vendita fatta a denaro contante, si presume che le parti hanno avuta intenzione che il pagamento si farebbe nel momento stesso della consegna; il che non può aver luogo che quando i due atti si adempiano nello stesso sito. Or questa presunzione non può esistere nelle vendite dilatorie. Ma ne seguirebbe forse che se la vendita è stata fatta in contanti, e che nondimeno il venditore non abbia riscosso il denaro nell'atto stesso della consegna, egli si presume che al beneficio dell'articolo 1651 (1497) abbia rinunciato? Io non lo credo; o almeno parmi che convenga distinguere: ove sia provato, che la vendita è stata fatta in contanti, e che per semplice sua condiscendenza il venditore non ha esatto il pagamento nel punto della consegna, la di lui condizione non debb' essere cangiata *nemini officium suum debet esse damnosum*. Nel caso contrario si presumerà che il termine è stato accordato sin dal principio; ed allora dovendo rientrare le parti nel dritto comune ha luogo l'applicazione dell'articolo 1247 (1200) *Delvincourt. Corso del cod. civ. Tomo* 8. *nota* 94. *al tit.* 2.

» §. 72. Il compratore sino al giorno in
» cui sborsa il prezzo dee pagarne l'interes-
» se ne' tre casi seguenti :

» Se ciò fu convenuto nel contratto :

» Se la cosa venduta e consegnata produce frutti, ed altri proventi:

» Se il compratore è stato interpellato a
» pagare.

» In quest'ultimo caso gl'interessi non cor-
» rono se non dal giorno della intimazione.
» *Art.* 1498. *Leg. civ.*

Per l'interesse che per pagarsi debb' essere convenuto, l'imperatore Antonino rescrisse, che questo pagamento fatto anche di consenso non costituisce obbligazione, se manca la sua giusta causa.

» Creditor instrumentis suis probare debet quae intendit, et usuras se stipulatum, si potest. Nec enim si aliquando ex consensu

praestitae sunt obligationem constituunt. *L. 7. Cod. de usuris.*

Casus. Decem mihi mutuasti per annum vel biennium, usuras solvi; an mihi praejudicaverim quo magis in posterum solvere tenear quaeritur? responde quod non; nec ex tali solutione probabis me ad usuras futuri temporis teneri, nisi per instrumentum, vel alio modo usuras in stipulatum deductas probaveris. *Vivianus.*

Su la percezione de' frutti che produca il pagamento dell'interesse, gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano presentano particolarmente il caso della vendita di un fondo fatta dal minore, cui parte del prezzo non siasi soddisfatta. Quindi dispongono l'interesse in ragione dell'età del minore, ed in ragione del prezzo che si deve.

» Curabit praeses provinciae compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet cum usuris restituere; quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit. *L. 5. Cod. de act. empti, et vend.*

Casus. Minor 25. annis vendidit mihi praedium, ex quo fructus percepi: partem pretii solvi, partem non solvi: tenebor ad pretium, et ad usuras partis pretii non soluti a tempore traditionis factae; et hoc duplici ratione; tum quia fructus percepi, tum favore minoris aetatis. *Vivianus.*

Li medesimi imperatori rescrissero, che anche il venditore messo in mora per la consegna della cosa venduta è tenuto al pagamento dell'interesse.

» Si traditio rei venditae juxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit. *L. 4. Cod. de act. empti, et vend.*

Casus. Emi fundum a Titio, nec vult ex sua superbia tradere, qualiter mihi succurratur? responde quod condemnabitur mihi non praecise ad rem, sed ad interesse. »

Finalmente Marziano dichiara che la interpellazione del pagamento fatta al debitore, costituisce questi in mora; conseguentemente è dovuto l'interesse.

» Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona; idest si interpellatus opportuno loco non solverit quod apud judicem (*scilicet an in loco opportuno interpellatus fuerit, et sic sit in mora*) examinabitur. Nam, ut et Pomponius lib. XII. epistolarum scripsit, difficilis est hujus rei definitio. Divus quoquè Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur neque constitutione ulla, neque juris authorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam juris. Et non sufficit ad probationem morae si servo debitoris absentis denunciatum est a creditore, procuratoreve ejus cum etiam si ipsi, inquit, domino denunciatum est, caeterum cum postea in sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia: non protinus per debitorem mora facta intelligitur.

» In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. *L. 32. D. de usuris et fruct.*

Casus. Quaeritur qualiter mora definitur. Et dicit Pomponius, quod non potest definiri quando committatur; nam tunc cum quis interpellatur congruo loco, et tempore loquitur de mora quae fit facto hominis, idest per interpellationem: nam quaedam alia est specialis, quae committitur sine facto hominis, de qua hic non dico. An autem sit in mora debitor, si procurator ejus vel familia interpellatur? et dicit quod non: imo ipse debitor desinit esse in mora, si jam eo in mora existente dat ei novam dilationem.

In bonae fidei. Ex venditione quam tibi feci debes mihi decem: si sis in mora teneris ad usuras. »

» È mestieri dedurre, osserva Maleville, che se all'istante della vendita non si è convenuto che il compratore pagherebbe l'interesse del prezzo sino allo sborso del capitale non corre l'interesse. E non corre nemmeno se la cosa venduta, e rilasciata non produce alcun frutto, e parimenti se producendo frutti non sia stata rilasciata, o se al compratore non sia stato intimato di fare il pagamento.

» Il nostro articolo suppone che non si abbia accordata veruna dilazione al pagamento, mentre se si fosse questa accordata vi sarebbe bisogno d'intimare al compratore di fare il pagamento medesimo. Or nel caso che vi

sia dilazione corre egli o no l'interesse durante la medesima? Pothier nel Trattato di Vendita n. 286 decide di no. Io credo che sia necessario il distinguere se la cosa venduta o rilasciata produce frutti o altri proventi o se ella nulla produca. Nel primo caso gl' interessi dovrebbero correre malgrado il termine accordato; nel secondo no, giusta la decisione del nostro articolo.

» Nel progetto del codice si era detto, che avrebbe luogo l' interesse, se al compratore fosse stato intimato giudizialmente di pagare. Si cancellò la parola *giudizialmente* per dimostrare che una intimazione anche estragiudiziale sarebbe sufficiente. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1652. *del cod. civ.*

» §. 73. Se il compratore è molestato, o
» ha giusto motivo da temere di essere mo-
» lestato per un' azione ipotecaria o di ri-
» vendicazione, può sospendere il pagamen-
» to del prezzo sino a che il venditore abbia
» fatto cessar le molestie; purchè costui non
» prescelga di dar cauzione, o non siasi con-
» venuto che il compratore pagherà non o-
» stante qualunque molestia. *Art.* 1499. *Leg. civ.*

È uniforme il rescritto degl' imperatori Diocleziano, e Massimiano.

» Si post perfectam venditionem ante pretium non numeratum, rei venundatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclament in libertatem; cum in ipso limine contractus immineat evictio, emptorem, si satis ei non offeratur, ad totius, vel residui pretii solutionem non compelli, juris auctoritate monstratur. Unde cum parte pretii numerata, domus quam emisti, tibi veluti pignoris jure obligatae, ne ad emptionem accederes, denunciatum ab aliquo proponas; judex tibi, quae ex emptione veniunt praestari providebit. *L.* 24. *Cod. de evictionibus.*

Casus. Vendidisti mihi domum, vel mancipium, pretium tamen non solvi, si aliquis dominium vendicaverit, vel mancipium ad libertatem proclamaverit, an pretium tibi numerare sim compellendus quaeritur? et dicitur quod non. Si vero partem pretii numeravi, et mihi ab aliquo denuntiatum est ne emam, judex praecipiat tibi, ut satisdes, de domo me indemnem conservare, si domus evincatur. »

In altri termini Papiniano.

» Ante pretium solutum dominii quaestione mota, pretium solutum emptor non cogitur, nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis nomine offerantur. *L.* 18. §. *ult. D. de periculo et commodo rei vend.*

D' altronde il giusto motivo da temere che possa manifestare il compratore, non può da altri valutarsi che dal magistrato. Delvincourt osserva, che nel 10 gennaro 1810 fu deciso in Agen che vi era giusto motivo di timore per l' aggiudicatario cui non si presentavano tutti gli atti della procedura fatta per devenirsi all' aggiudicazione, onde verificare se vi era o no qualche nullità; e ciò quantunque il processo verbale enunciasse che tutte le formalità erano state esattamente adempite. »

Sul pagamento del prezzo che il compratore può sospendere in tale circostanza, il medesimo giureconsulto soggiunge che ciò può aver luogo » ancorchè il prezzo fosse stato delegato ad alcuni creditori del venditore, e che avesse questi accettato le delegazioni. Egli le ha accettate soltanto come debitore; e questa qualità è sospesa nella sua persona finchè vi è pericolo di evizione. Così fu giudicato il 26 giugno 1816 nella corte di cassazione. Ma egli non ne dee meno gl' interessi fino al pagamento effettivo. Egli non può godere ad un tempo della cosa e del prezzo.

» Ma se vi sono inscrizioni ipotecarie sul venditore, il compratore potrebbe obbligarlo a presentarne la radiazione? Io nol penso. Il fatto delle inscrizioni non turba il suo godimento. Egli dee compiere la formalità richiesta per purgare dalle ipoteche, ed allora o vi è o non vi è subasta. Nel primo caso, evvi evizione, e quindi luogo all' azione di garentia. Nel secondo il compratore non ha di che dolersi. D' altronde quale inconveniente non risulterebbe dal sistema contrario? Potrebbero esservi 100 m. fr. d' inscrizioni su di un oggetto del valore di 3 mila. Il compratore potrebbe in questo caso obbligare il venditore a pagare i 100. m. fr. per presentargli il certificato di radiazione? Il tutto nondimeno salva la stipulazione contraria. In conseguenza giustamente fu deciso

in Bordeaux il 17 febbraro 1812; che se fu couvenuto nel contratto che il compratore non pagherebbe se non dopo la radiazione delle inscrizioni, il venditore non potrebbe richiedere prima il suo pagamento, anche offrendo malleveria. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 8. *nota* 95 *e* 96 *al tit.* 2.

» Anche dopo che il venditore l' ha consegnata, dice Pothier, non potrebbe domandarne il prezzo, se il compratore fosse molestato nel suo possesso da qualche domanda in rivendicazione, ipotecaria, o altra, fino a che sarà terminata la lite.

» Nondimeno se la lite potesse durare lungo tempo, potrebbe egli essere ammesso ad esigerne il prezzo, dopo aver presa la difesa del fatto e causa del compratore; in questo caso però bisogna ch' egli offra una buona ed idonea cauzione di restituirlo in caso di evizione.

» Se vi fossero delle forti presunzioni che la domanda promossa contro al compratore, sia una domanda da esso stimolata mediante una persona affidata, per inquietare il venditore ed impedirlo dal percepire il prezzo, per mancanza di poter trovare un fidejussore; in tal caso il venditore dovrebbe esser dispensato dal darla. Vi sarebbe luogo a questa presunzione, quando la domanda fosse destituita di fondamento, e fosse promossa da un uomo della feccia del popolo che nulla avesse a perdere.

» Il venditore che non può percepire il prezzo, perchè non trova una fidejussione, può domandare che il compratore sia tenuto a depositarlo. Non è però sempre dell' interesse del venditore il domandare il deposito, perchè così fa cessare gl' interessi che correvano a suo profitto. Egli non ha interesse a domandarlo se non allora quando è persuaso che il compratore non ha denaro, e che la lite è un semplice raggiro cui ebbe ricorso il compratore per differire il pagamento. Il compratore può egualmente domandare il deposito, per esonerarsi dagl' interessi.

» Il compratore può benissimo esimersi dal pagare, quando ei venga molestato; quando però abbia pagato prima della molestia, non può durante la lite domandare nè la restituzione del prezzo nè la fidejussione. Anche prima che abbia pagato, finchè non soffra alcuna molestia, non è ammesso a domandare al venditore la cauzione del prezzo, il pagamento del quale gli è domandato. *Pothier. Trat. del cont. di vendita vol.* 1.° *n.*280. *a* 282.

» §. 74. Se il compratore non paga il » prezzo il venditore può domandare che la » vendita sia disciolta. *Art.* 1500. *Leg. civ.*

Risulta da questo articolo, che il dominio della cosa venduta non passa al compratore se non soddisfatto il prezzo, o avuta ragione di esso. Così Pomponio.

» Quod vendidi, et tradidi, non aliter fit accipientis quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisdatione (*ideoque potest veditor vindicare*) *L.* 19. *D. de contrah. emp.*

Brunnemanno indica i casi nei quali s' intende aversi ragione del prezzo, e se ciò possa presumersi nel dubbio.

» Ex venditae rei traditione non trasfertur dominium nisi soluto pretio aut si satisfactum sit, aut fides de pretio habita Dn. Author in *Cod. tit. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine*, *vel aliena pecunia emerit. ad L.* 1. *et ad L.* 7. *Cod. de pact. inter emptor. et vendit.* nam alias dominus vindicare potest in concursu creditorum ante omnes creditores emptoris. Fides vero habita praesumitur, quando sine ulla reservatione dominii vel alia res tradita, vel quando accipienti, quod soli domino competit, concessum, et maxime, ubi quis cautionem de pretio accepit, hypotheca venditori in re vendita constituta. Et hoc casu venditor vendicare rem non potest. Fidem tamen in dubio habitam esse volunt doctores Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* et plures allegans Tiraquell. *de retact. conv. ad finem tit. n.* 78. quod impugnat Franzh. *ad tit. de act. empti n.* 8. et Fabianus de Monte *de vend. quaest.* 5. *n.* 37. Dixerim id ex circumstantiis simul, v. gr. in nundinis si quis vendat, non videtur habuisse fidem de pretio, item qui vendit personae ignotae vel statim recessurae. *Brunnemanni Com. in Pand. ad L.* 19. *tit. de contrah. emp.*

Nerazio nello scioglimento della vendita

unisce anche l'obbligo al compratore di restituire il fondo, insieme coi frutti percepiti.

» Lege fundo vendito dicta, ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta esset: de fructibus quos interim emptor percepisset hoc agi intelligendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque jure percipiat. *L. 5. D. de lege commissoria.*

Casus. Si vendo fundum, et adjicio ut inemptus sit nisi pecunia solvatur sua die; et soluta non fuerit statuta die, emptio resolvitur: fructus emptor, licet suo jure suos fecerit restituere debet; quia nihil remansurum est penes eum. »

Può avvenir talora che il venditore in vece di chiedere la risoluzione del contratto chiegga il prezzo dovutogli dal compratore, e gl'interessi corrispondenti, avrà egli dritto di pretendere di poi che la vendita sia disciolta? L'imperatore Alessandro decide negativamente.

» Commissoriae venditionis legem exercere non potest qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. *L. 4. Cod. de pactis inter emp. et vend.*

Casus. Vendidisti mihi praedium hoc pacto, ut si statuta die pretium non solverem, quod esset inemptum: non solvi; sed eo elapso pretium cum usuris petivisti; videris recessisse a privilegio legis commissoriae; unde praedium vendicare non poteris. »

Vedi *Privilegio §. 10. 1. Quest. di Persil.*

» Il patto commissorio, osserva Pothier, non è considerato farsi che in favore del venditore e non attribuisce diritto se non ad esso: Perciò, secondo la massima, *Unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare*, il venditore che non è pagato, può non far uso di questo patto, ed in luogo di domandare lo scioglimento del contratto, agire contro il compratore pel pagamento, senza che il compratore possa essere ammesso a domandarlo. Questo è ciò che decide Ulpiano nella legge 3, *ff. de leg. comm. Legem commissoriam quae in conditionibus adjicitur, si valet venditor exercebit, non etiam invitus.*

» Il venditore non ha la scelta di usare del patto commissorio, o di costringere il compratore al pagamento del prezzo, che quando non abbia ancora scielto l'uno dei due partiti. Allorchè abbia una volta domandato lo scioglimento del contratto, allora non è più ammesso a domandare il prezzo. *Papinianus scribit.... non posse, si commissoriam elegit, postea variare*; *L. 4. §. 2. ff. d. t.* La ragione è evidente secondo i principj del diritto romano; avvegnachè giusta i medesimi, la mancanza del pagamento entro il termine prefinito dal patto commissorio, produce *ipso jure* lo scioglimento del contratto, sotto la condizione che il venditore vorrà far uso di questo patto: Quindi tosto che il venditore ha dichiarata la sua volontà domandando lo scioglimento del contratto, la vendita è sciolta; più non sussiste l'obbligazione di pagare il prezzo, ed il venditore non può più domandarlo, ma solo ripetere la cosa venduta.

» Anche nella nostra giurisprudenza, la quale esige una sentenza per operare, almeno irrevocabilmente, lo scioglimento del contratto in virtù del patto commissorio, io penso che si debba decidere egualmente, in conformità alla legge citata, che il venditore il quale ha una volta domandato lo scioglimento del contratto in virtù del patto commissorio, non è più ammissibile a cangiare le sue domande, e a domandare il pagamento del prezzo, anche nel caso in cui il compratore non avesse ancora denunciato alcun consenso alle domande del venditore. Imperocchè il compratore ha aderito preventivamente alle medesime, colla clausola del contratto di vendita; e questo consenso prestato anticipatamente alle domande del venditore per lo scioglimento del contratto, ha operato sufficientemente lo scioglimento; di modochè la sentenza non fa più che dichiararlo e confermarlo. È vero che prima della sentenza, questo scioglimento del contratto, giusta la nostra giurisprudenza, non si osserva in una maniera irrevocabile, e che il compratore è ammesso fino alla sentenza ad impedirne l'effetto colle offerte di pagare il prezzo: ma ciò è una pura grazia che accorda la nostra giurisprudenza al compratore, che non deve essere ritorta contro di lui, allorchè egli non vuole servirsene.

» *Viceversa*, quando dopo essere spirato il tempo portato dal patto commissorio, il venditore ha intentata l'azione contro il com-

pratore pel pagamento del prezzo, si considera avere egli rinunziato al diritto che gli dà il patto; ed esso non può più, abbandonando i suoi atti, domandare lo scioglimento del contratto. *Post diem commissoriae legi praestitutum, si venditor pretium petat, commissoriae legi renuntiatum videtur, nec variare, et ad hanc redire potest. L. 7. ff. dict. tit.*

Dell' azione derivante dal patto commissorio.

» Il patto commissorio essendo una clausola apposta al contratto di vendita e che ne fa parte, l'azione che ne nasce è un ramo dell'azion personale *ex vendito. Qui ea lege praedium vendidit, at nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. L.* 3. *Cod. de pact. inter empt. et vend.*

» Quest' azione è personale reale, e può essere intentata contro i terzi detentori; conciossiachè non avendo il venditore alienato il podere se non alle condizioni portate nel suo contratto, alienando il podere, egli lo ha affetto all' esecuzioni delle obbligazioni che il compratore ha contratte verso di lui in forza del contratto.

» Il venditore, in forza di questa azione, domanda lo scioglimento del contratto, ed in conseguenza la restituzione della cosa venduta.

» Il compratore deve rendere colla cosa i frutti che ha percepiti; *L.* 5. *ff. de leg. comm.* attesochè non avendo pagato il prezzo, non può ritenere i frutti della cosa e godere contemporaneamente e della cosa e del prezzo.

» Se egli ha pagata una parte del prezzo, non dee restituire i frutti che in proporzione di ciò che rimane a pagare: per es. se ha pagato il quarto del prezzo, non dee restituire che i tre quarti dei frutti.

» Vi è però un caso in cui il compratore non è obbligato a restituire i frutti per alcuna parte: cioè quello in cui si fosse convenuto che il venditore che ha ricevuto una parte del prezzo, la riterrebbe in compenso dei danni ed interessi, rientrando al possesso del podere per mancanza di pagamento: *Interdum fructus lucratur, quum pretium quod numeravit perdidit*; *L.* 4. §. 1. *ff. d. tit.*

» La ragione di questa decisione è che questa parte del prezzo che ei ritiene, gli tien luogo di tutti i danni ed interessi che può pretendere per l'inadempimento del contratto; nei quali è compresa la mancanza del godimento del podere fino a che ei vi sia rientrato. Quando il compratore gli computasse oltre ciò anche i frutti, sarebbe questo un doppio impiego, ed un doppio compenso.

» Infine il compratore dee tener conto de' deterioramenti avvenuti per sua colpa nella cosa venduta.

» Dal suo canto il venditore deve restituire al compratore ciò che ha ricevuto da lui, quando non vi sia convenzione in contrario, come lo vedremo nel paragrafo seguente. *Seconda specie.*

» Egli deve inoltre rimborsare le spese necessarie fatte dal compratore per la conservazione della cosa venduta: ei dee similmente tenergli conto de' miglioramenti ed aumenti fino alla concorrenza di ciò che il podere venduto si trova essere più prezioso, o almeno soffrire che il compratore levi e ritenga i detti miglioramenti.

» Relativamente a tutto ciò che è costato al compratore per fare l' acquisto del quale il venditore non ha tratto vantaggio, come sono le spese del contratto, i profitti feudali o laudemj che il compratore ha pagati pel suo acquisto, il venditore non è tenuto ad indennizzarne il compratore: al contrario se tali diritti non fossero stati pagati dal compratore, e che il venditore, dopo essere ritornato al possesso del podere da lui venduto, venisse molestato per causa di detti diritti, spetterebbe al compratore d'indennizzarlo.

» In ciò quest' azione differisce da quelle di cui abbiam trattato nelle due precedenti sezioni. La ragione della differenza è che lo scioglimento del contratto che ha luogo in virtù del patto commissorio, è prodotto dalla mancanza del compratore che non ha adempito alla obbligazione che aveva contratta il compratore di pagare il prezzo: sopra di esso pertanto deve cadere la perdita di tutto ciò che gli è costato per l'acquisto; il venditore non ne dee soffrire.

» Per questa ragione altresì il pagamento della sentenza che pronuncia su quest' azione lo scioglimento del contratto, unitamente a tutte le spese fatte per arrivarvi, e per mandarla ad esecuzione, devono essere a carico del compratore.

» Al contrario, quando lo scioglimento del contratto di vendita si faccia in virtù di una clausola di ricompra, o nel caso di una *addictio in diem*, di cui abbiam trattato nelle precedenti sezioni, facendosi allora lo scioglimento del contratto pel solo vantaggio del venditore, senza che vi dia luogo alcuna colpa del compratore, esso deve farsi a spese del venditore il quale deve indennizzare di tutti i legittimi pagamenti dell'acquisto, e delle spese della domanda e della sentenza, quando il compratore non abbia fatta alcuna contestazione.

» Il venditore non è nemmeno obbligato a rendere la somma che esso ha ricevuta per forma di caparra: *Si per emptorem factum sit quominus legi (commissoriae) pareretur, et ea lege uti venditor velit; fundos inemptos fore, et id quod arrhae, vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum*; *L. 6. ff. de leg. commis.*

» Conciossiachè il venditore che ha stipulato lo scioglimento del contratto per mancanza di pagamento, e si è fatta altresì dare una somma a titolo di caparra, si considera essersi riservati i danni ed interessi risultanti dall'inadempimento del contratto ed averli fissati a questa somma ch'egli deve ritenere.

» Si osservi che questa decisione non ha luogo se non in quanto tale somma non fosse troppo considerevole, e non eccedesse quella cui potessero verosimilmente ammontare i danni ed interessi.

Di alcune specie particolari di patti commissorj.

» *Prima specie.* La legge 4, §. 3. *ff. de leg. comm.* contiene una specie particolare di patto commissorio. *In commissoria*, dice l'anzidetta legge, *etiam hoc solet convenire, ut si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a priore emptore exigat.*

» Questa clausola è una estensione del patto commissorio. Essa non è in uso fra noi nelle vendite volontarie; ma le vendite giudiziali si considerano fatte sotto una clausola molto simile: cioè, che in mancanza di pagamento per parte del compratore, la parte che procede alla vendita potrà far rivendere la cosa a carico del compratore mediante un nuovo incanto.

» Questa clausola è lecitissima: ogni debitore è tenuto ai danni ed interessi risultanti dall'inadempimento della sua obbligazione; e questa clausola non contiene altra cosa che i danni ed interessi risultanti dall'inadempimento della obbligazione del compratore.

» *Seconda specie.* Qualche volta al patto commissorio si aggiunge questa clausola, che il venditore che ha ricevuta una parte del prezzo, in caso di scioglimento del contratto per mancanza del pagamento entro il prefisso tempo, potrà ritenere a titolo dei danni ed interessi detta parte di prezzo, riprendendo la cosa venduta.

» Questa clausola è lecita, purchè la somma non sia troppo considerevole, e non ecceda ciò a cui, calcolati al sommo, potessero essere valutati i danni ed interessi del venditore risultanti dall'inadempimento del contratto.

» *Terza speciē.* La clausola in forza di cui si stipula senza alcuna limitazione di tempo, che il contratto verrà sciolto in mancanza di pagamento, è una specie di patto commissorio che differisce dal patto ordinario in questo, che nel patto ordinario vi è un tempo limitato, dopo la scadenza del quale ha luogo lo scioglimento del contratto, se il compratore non ha pagato: l'indeterminazione di tempo che trovasi in questo, non impedisce che esso sia valido. È questo il sentimento di Brunnemanno, *ad d. L. 4. ff. de leg. comm.*, e dei dottori da esso citati. Il suo effetto è di dare al venditore un azione in forza della quale egli domanda contro il compratore che sia ordinato lo scioglimento del contratto nel caso ch'egli manchi di pagare entro il tempo che gli sarà assegnato dal giudice. *Pothier. Trat. del contr. di vendita vol. 2, n. 460 a 474.*

» §. 75. Lo scioglimento della vendita de-
» gl'immobili dee pronunziarsi all'istante,

» se il venditore si trova in pericolo di per-
» dere la cosa ed il prezzo.

» Se non vi è tale pericolo il giudice può
» accordare al compratore una dilazione più
» o meno lunga secondo le circostanze.

» Trascorsa la dilazione senza che il com-
» pratore abbia pagato, si pronunzierà lo
» scioglimento della vendita. *Art.* 1501. *Leg.*
» *civ.*

Osserva Domat che » se il compratore non paghi nel termine prefisso dopo la consegna, il venditore potrà domandare la risoluzione della vendita per difetto del pagamento, e potrà ottenerla, o incontanente, se vi sia pericolo che il venditore perda la roba ed il prezzo, o non essendovi un tale rischio, dopo qualche dilazione a tenore delle circostanze. Nè una tale dilazione si nega, quantunque nel contratto si fosse anche convenuto, che la vendita dovesse rimanere annullata per difetto del pagamento. *Spatium datum videri, hoc idem dicendum et cum quid ea lege venierit, ut nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat. L.* 23. *in f. D. de oblig. et act. Domat. Leg. civ. Lib.* 1. *tit.* 2. *sez.* 3. *n.* 8.

Tale è il caso dell'immobile, che passato nel dominio del compratore, questi prima di pagare il prezzo convenuto lo deteriori prendendo gli oggetti che vi appartengono, oppure lo devasti in modo che la perdita sia totale.

» §. 76. Quando nella vendita di un im-
» mobile siasi stipulato che non pagandosi il
» prezzo nel termine convenuto, la vendita
» sia disciolta *ipso jure*, il compratore ciò
» non ostante può pagare dopo che è spirato
» il termine, finchè non sia stato costituito
» in mora con una intimazione; ma dopo
» questa, il giudice non può accordargli alcuna
» dilazione. *Art.* 1502. *Leg. civ.*

Così nel responso di Africano.

» Si interpellatus moram ipse fecerit, an quamvis pecuniam postea offerat, poena nihilominus committatur. *L.* 22. §. 2. *D. de actionib. et oblig.*

» Qualche volta, dice il consigliere di stato Portalis, si conviene che la vendita sarà risoluta di pieno dritto, se l'acquirente non paga il prezzo nel tempo determinato. Si domanda, se in una tale situazione può l'acquirente con vantaggio, dopo la dilazione soddisfare alle sue obbligazioni. L'affermativa è incontrastabile, finchè questo acquirente non è stato messo in mora mediante una notifica. Si dirà che egli era a sufficienza avvertito dal contratto? Ma il rigore del medesimo poteva essere mitigato dalla volontà dell'uomo: il silenzio del venditore fa presumere la sua indulgenza: una intimazione positiva può solo intimare o distruggere questa presunzione. Quando questa si è fatta, se l'acquirente non paga il giudice non può più accordare la dilazione. Il contrario sarebbe una infrazione manifesta del contratto. L'equità del giudice non può interporsi che quando la circostanza di non esser fatto il pagamento nel tempo convenuto non è stata formalmente dichiarata nel contratto come risolutiva della vendita; poichè rimane qualche estensione a questa equità. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 70.

» Questo è un cambiamento fatto all'antico dritto, dice Delvincourt esaminando il nostro articolo. Per lo passato, in qualunque modo fosse stata fatta la convenzione o il patto commissorio, il contratto non era mai risoluto di pieno dritto, ma solamente per sentenza del giudice. Fino alla sentenza potea dunque il compratore pagare, ed impedire così la risoluzione. (*Pothier* n. 459) Oggi di si sarebbe potuto credere, dietro l'articolo 1139 (1093) che la sola scadenza del termine bastava per risolvere il contratto. Il codice ha lasciato sussistere per le cose mobili questa dottrina, ma per le immobili, come più importanti, non ha voluto che la sola scadenza del termine, la quale può dal compratore essersi obliata, potesse portare la risoluzione. In conseguenza richiede la intimazione, prima, onde ricordare il termine al compratore, e poi, perchè può supporsi, sinchè la intimazione non è fatta, che il venditore ha consentito ad un prolongamento della dilazione; ma fatta una volta, se il compratore non paga, la vendita è risoluta nè v'è bisogno di sentenza.

» L'articolo 1656 (1502) dice che il compratore può pagare fino a tanto che non è stato messo in mora con una intimazione. Deve dun-

que conchiudersene che se dietro questa egli non paga, incorre nella perdita delle sue ragioni, e che la proprietà sia trasferita di pieno dritto in persona del venditore? Ciò mi sembrebbe assai rigoroso. Sappiamo come d'ordinario si fanno le citazioni. Quasi mai non sono esse notificate alla persona; e d'altronde è possibile che il compratore sia momentaneamente lontano dal suo domicilio. Oltre di che, siccome l'abbiamo detto, la intimazione richiedesi non ostante l'espresso tenore della convenzione, perchè vien supposto che il compratore ha potuto obliare il termine stabilito: bisogna dunque dargli dopo la intimazione uno spazio di tempo in cui possa effettuare il pagamento. Se dunque nell'indomani della citazione, per esempio, egli fa una offerta del prezzo, io non credo che la risoluzione debba essere pronunziata; ed in effetti l'articolo 1656 (1502) non dice che dopo la intimazione il compratore non può più pagare, ma soltanto che il giudice non può più accordargli dilazione alcuna. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 8. *nota* 103 *al tit.* 2.

» Giusta le massime del diritto romano, dice Pothier, la mora in cui fosse uno de' contrenti di soddisfare alla sua obbligazione, non è sempre una causa sufficiente per dare all'altra parte il diritto di domandare lo scioglimento del contratto.

» Per es. se il compratore è in mora di pagare il prezzo, il venditore non ha perciò diritto di domandare lo scioglimento del cotratto, e può soltanto esigere, per le vie di diritto, il pagamento del prezzo che gli è dovuto. È ciò deciso dalla legge 8. *cod. de contr. empt. Si vincas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quae dedisti repetitio competit.* La leg. 14. *cod. de rescind. vend.*, dice similmente: *non ex eo quod emptor non satis conventioni fecit, contractus constituitur irritus.*

» Queste massime sono state adottate altre volte nella nostra pratica francese, come appare da ciò che ne dicono Despeisses *tit.* 1. *sez. fin.*, *n.* 19, e gli autori da esso citati.

» Siccome però il più delle volte non si può senza grandi spese farsi pagare dai suoi debitori, furono obbligati i tribunali a desistere dal rigore di tali massime; e si ammette il venditore a domandare lo scioglimento del contratto di vendita, per la mancanza del pagamento del prezzo, benchè non vi sia patto commissorio. Avvi soltanto questa differenza, che quando vi sia un patto commissorio, dietro la domanda promossa dopo spirato il tempo portato dal contratto, il giudice deve incontanente pronunciare lo scioglimento del contratto, e permettere al venditore di rientrare al possesso della cosa venduta: in luogo che quando non vi sia alcun patto commissorio, il giudice, su la domanda del venditore, proferisce una prima sentenza in forza della quale fissa un determinato tempo che dipende dal suo arbitrio entro il quale egli ordina che il compratore sarà tenuto a pagare; passato il quale, sarà permesso al venditore di rientrare al possesso della cosa venduta: e se il compratore non paga nel detto tempo, spirato il medesimo il venditore deve ottenere una seconda sentenza, la quale, per avere mancato il compratore a soddisfare alla prima, dichiarerà nullo e sciolto il contratto e permetterà al venditore di rientrare al possesso della cosa venduta.

» Il compratore può anche dopo la sentenza che ha pronunciato lo scioglimento del contratto, impedire detto scioglimento e conservarsi la cosa che gli è stata venduta, appellando dalla sentenza, e dietro l'appellazione offrendo il prezzo di cui è debitore, non che gl'interessi e le spese.

» Noi abbiamo trattata la questione nel caso di una vendita fatta a credito. Se essa fu fatta a condizione di pagarsi il prezzo a danaro contante, e che il venditore abbia fatta la tradizione della cosa, nella lusinga di riceverne incontanente il prezzo; in questo caso non avendo la tradizione trasferita la proprietà della cosa, non v'ha dubbio che in questo caso per mancanza di pagamento possa il venditore rivendicare la cosa, e domandare lo scioglimento del contratto.

» Relativamente a tutte le altre obbligazioni, sia del venditore sia del compratore, si decide dalle circostanze se il loro inadempimento debba produrre lo scioglimento del

contratto. Esso vi dà luogo quando ciò che mi è stato promesso sia tale che io non avrei voluto contrattare senza di ciò.

» Supponiamo per es. che voi mi abbiate venduto una possessione che non abbia alcun pascolo quantunque essa non possa coltivarsi senza bestiami, e che in forza del contratto vi siate obbligato a darmi il diritto di pascolo per i bestiami della possessione che mi vendete sopra un'altra possessione vicina di cui voi siete al possesso. Se in seguito voi soffrite l'evizione di detta possessione, e non potete in conseguenza farmi godere del diritto del pascolo che vi siete obbligato di farmi godere su detta possessione, l'inadempimento di questa obbligazione che avete meco contratta, mi dà il diritto di domandare contro di voi lo scioglimento del contratto di vendita; poichè egli è evidente che senza questo diritto di pascolo io non avrei voluto comperare la vostra possessione.

» Al contrario, se nella terra che mi avete venduta vi erano pascoli sufficienti pe' bestiami necessarj alla sua coltivazione, di modo che il diritto di pascolo che vi siete obbligato a darmi sull' altra possessione, non mi fosse necessario, ma solo utile, dandomi i mezzi di mantenere un maggior numero di bestiami, e trarre un maggior profitto; in questo caso si può asserire, come nel precedente che io non avrei voluto comperare la vostra possessione senza questo diritto di pascolo; ma solamente che io non avrei voluto comperarla a così caro prezzo: e non potrò io domandare lo scioglimento del contratto, ma semplicemente una diminuzione sul prezzo *Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol. 2. n. 475*.

La suprema corte di giustizia con decisione de' 26 luglio 1817 si attenne anche alla teoria, che la vendita non può resciodersi *ipso jure* per la non soddisfazione del prezzo se il compratore non sia messo in mora.

» *Fatto*. Il signor Gianfrancesco Tulli, con iscrittura privata formata in doppio originale, vendè a' 18 settembre 1814 al signor Medoro Urbani un fondo sito nella villa Nepezzano in contrada delle Cerreti, e taluni canoni enfiteutici. Fu espressamente stipulata tra' contraenti la pena di ducati 50 a danno di colui, che recedesse dal contratto.

» Nel dì primo ottobre 1814 il venditore Tulli citò in conciliazione il compratore Urbani, sull'azione proposta di doversi condannare il compratore al pagamento della pena, per non avere adempiuto al pagamento del prezzo. Portata la causa in seguito all'udienza del tribunale di prima istanza, fu quistionato tra le parti, a chi de' due contraenti imputar si dovesse la colpa di essere rimasto ineseguito il contratto.

» Con sentenza de' 20 marzo 1815 passata in giudicato, fu rigettata la domanda del venditore Tulli.

» L'enunciato giudizio era ancor pendente e non deciso, quando il signor Tulli, riputandosi libero dispositore de' beni che aveva venduti al signor Urbani, si avvisò di venderli per una seconda volta. Il novello compratore fu il signor Angelo Procedi, e la vendita fu stipulata con istrumento del dì 15 ottobre 1814. Il secondo compratore prese il possesso de' beni vendutigli, e fe seguire la trascrizione del contratto.

» Nel dì 11 luglio 1815 il primo compratere Medoro Urbani citò innanzi al tribunale di prima istanza di Teramo non meno il venditore Tulli, che il secondo compratore signor Procedi, il primo per essere condannato alla esecuzione del contratto di vendita fatta in suo beneficio, ed il secondo a rilasciargliene i fondi.

» I rei convenuti opposero la nullità della vendita fatta all'attore signor Urbani, assumendo, che all' epoca in cui ne fu stipulato il contratto, il terreno in villa Nepezzano contrada Cerretti trovavasi oppignorato ad istanza del signor Berardo Cerulli, che ne spingeva la spropriazione a danno del signor Tulli.

» Il tribunale con sentenza de' 29 gennaro 1816 dichiarò nullo il contratto di vendita, in ciò che concerneva il terreno in Nepezzano contrada Cerretti. Decise di essere dell'arbitrio del signor Urbani l'eseguire lo stesso contratto relativamente alle altre terre enfiteutiche, condannando all' uopo il signor Procedi a rilasciargliene il dominio diretto, salve al medesimo le ragioni come di diritto contro del venditore signor Tulli.

» Avverso di tal sentenza il signor Urbani produsse appello in principale, e da parte

del signor Procedi fu prodotto appello incidente.

» L'abolita corte di appello sedente in Lanciano con decisione de' 30 aprile 1816 ordinò, che il contratto di vendita fatta dal Tulli al signor Urbani colla scrittura privata de' 18 settembre 1814 venisse intieramente eseguito.

» Contro tal decisione il signor Procedi produsse ricorso nell'abolita corte di cassazione. Egli assunse:

» 1. Che in contravvenzione dell'art. 1325 del codice civile, la corte di appello aveva riguardata come valida la scrittura di vendita fatta ad Urbani, la quale a' termini dello stesso articolo era nulla, per non essersi fatta menzione del suo doppio originale: che in contravvenzione parimenti delle leggi, la corte stessa aveva considerato come tuttavia efficace una tale scrittura, che di diritto era rimasta priva di effetto, sia per essersi fatto luogo alla clausola risolutoria, attesa la mora in cui era incorso il signor Urbani, sia per la pena, che giudiziariamente erasene domandata:

» 2. Che in contravvenzione degli art. 692 e 696 del codice di procedura, la corte aveva considerata come valida la vendita del fondo di villa Nepezzano fatta ad Urbani, non ostantecchè fosse stata eseguita a tempo, che trovavasi quello pignorato ad istanza di un creditore espropriante; e che essendo stato indi costui soddisfatto con danaro sborsato dal ricorrente, doveva esso riguardarsi come subentrato nelle di lui ragioni, ed abile conseguentemente a sperimentare la nullità.

» Udito il rapporto del consiglier Lotti: intesi il signor D. Pasquale de Giorgio avvocato del signor Procedi, ed il signor D. Sante d'Ippoliti avvocato del signor Urbani, ed inteso il regio procuratore generale Vecchione. »

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio: »

» Vista la decisione: visto il ricorso: »

» Veduto l'articolo 1583 del codice civile, così scritto: »

» È perfetta (la vendita) fra le parti, e la proprietà si acquista di dritto dal compratore riguardo al venditore, appena che si è convenuto della cosa e del prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè si sia pagato il prezzo. »

» Veduta la legge 15 *C. de rei vindicatione.*

» *Quoties duobus in solidum praedium iure distrahitur; manifesti iuris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse, ac pretium exsolvisse apud praesidem provinciae probaveris: obtentu non datorum instrumentorum expelli te possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium quod dedisti, cum usuris recipere, ita tamen ut perceptorum fructuum ac sumptuum ratio habeatur: cum, etsi ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis; eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem conveniat.* »

» Veduto l'articolo 1656 del codice civile:

» Quando nella vendita d'un immobile siasi stipulato che, non pagandosi il prezzo nel termine convenuto, la vendita sia disciolta *ipso jure*, il compratore ciò non ostante può pagare dopo che è spirato il termine, finchè non sia stato costituito in mora con una intimazione: ma dopo questa il giudice non può accordargli alcuna dilazione. »

» Veduto finalmente l'articolo 1325 del codice civile: »

» Le scritture private, le quali contengono convenzioni *sinallagmatiche*, non sono valide quando non siano state fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un'interesse distinto. »

» Basta un solo originale per tutte le persone che vi abbiano un'interesse medesimo. »

» In ciascun originale dee farsi menzione del numero degli originali che si son fatti. »

» Ciò non ostante la mancanza di tal menzione non può essere opposta da colui che abbia eseguita per parte sua la convenzione contenuta nell'atto. »

» Considerando, che la vendita fatta dal signor Gian Francesco Tulli con iscrittura privata debitamente registrata di un fondo nella villa Nepezzano, e di alcuni canoni di fondi enfiteutici a beneficio del signor Medoro Urbani, ricevè la sua perfezione al tempo della soscrizione, essendosi già convenuto fra le parti della cosa e del prezzo, e che perciò il dominio passò di diritto al compratore, anche senza la tradizione, e prima di pagarsene il prezzo; e ciò per l'articolo 1583 del

codice civile in vigore, sotto il cui impero seguì la vendita suddetta: »

» Considerando, che l'articolo prenarrato si allontana dalla giurisprudenza romana, e deve perciò condurre a diversità di conseguenza. La vendita per diritto romano non trasferiva il dominio al compratore senza la tradizione, e perciò una vendita fatta successivamente a due compratori valeva solamente per colui, che ne aveva avuto il possesso, tuttocchè fosse stato posteriore all'acquisto, *L.* 15. *Cod. de rei vindicat.*, quandocchè attualmente anche senza possesso, il primo compratore acquista il dritto nella cosa, e non già la sola azione personale alla cosa: »

» Considerando, che colla seconda vendita fatta dallo stesso signor Tulli al signor Angelo Procedi, non poteva il secondo acquistar dominio sulli fondi a lui venduti, mentre si trovava il dominio trasferito al primo compratore signor Urbani: e sebbene il signor Procedi avesse trascritto l'atto autentico di compra, pure nulla ciò aggiunge a consolidare in lui il dominio, che dal venditore signor Tulli non poteva essergli trasferito. Di fatti la trascrizione era in Francia di necessità per l'articolo 25 della legge di brumajo anno 7, che prescrisse questo dovere in tutti gli atti traslativi di dominio, ed in caso di mancanza di trascrizione, non potevano quegli atti essere opposti a'terzi, che avessero di poi contrattato con colui che trasferiva: ma colla pubblicazione del codice civile fu abrogata quella legge della necessità, e degli antichi effetti della trascrizione: »

» Considerando, che la convenzione fatta dal signor Tulli col signor Urbani del pagamento del prezzo, che il secondo doveva fare al primo in giorno determinato, non autorizzava il signor Tulli a recedere dalla vendita per la mancanza di pagamento, senza mettere in mora il signor Urbani: »

» Considerando, che il vizio della scrittura privata fra Tulli, ed Urbani di non esservi la menzione del numero degli originali, non può giovare per l'articolo 1325 del codice civile al signor Tulli, che l'eseguì per parte sua, allorchè chiese innanzi al giudice di pace contro al signor Urbani il pagamento della penale convenuta, e per la stessa ragione, questa eccezione non può giovare al signor Procedi, che ha causa dal signor Tulli: »

» Considerando, che l'oppignoramento del fondo nella villa Nepezzano, avrebbe prodotta la nullità delle due vendite successive fatte dal signor Tulli per l'interesse del creditore oppignorante, secondo il prescritto negli articoli 682, e 693, codice di procedura civile: che nella specie attuale quel creditore non è in giudizio; di lui si afferma soltanto, che fosse stato soddisfatto sul prezzo di quella vendita dal signor Procedi; ed a lui saran sempre salve le ragioni come di diritto: ma non potrà lo stesso signor Procedi giovarsi di una iscrizione, che a lui non appartiene: »

» Per queste considerazioni la corte suprema non conoscendo violazione alcuna di legge nella decisione della corte di appello di Lanciano, anzi conoscendo di esservisi uniformata, rigetta il ricorso. »

Per la costituzione in mora Vedi. *Obbligazione* §. 4.

» §. 77. Trattandosi di derrate e di cose
» mobili lo scioglimento della vendita avrà
» luogo *ipso jure* e senza intimazione a pro
» del venditore, spirato il termine stabilito
» per la tradizione. *Art.* 1503. *Leg. civ.*

» E ciò perchè, dice Maleville, essendo le cose mobili d'ordinario meno preziose delle immobili, la loro alienazione non richiede cotante formalità. *Mobilium vilis est possessio.*

» Nel progetto di questo articolo si avevano indicate non solo le derrate e gli effetti mobiliari, ma le mercanzie altresì. Si oppose, che allora l'articolo avrebbe la sua esecuzione anche in commercio, mentre è pratica costante tra i negozianti, che alcuna vendita non cada a vuoto e non sia risoluta, se il compratore non sia stato costituito in mora per riguardo al ricevere le mercanzie. Questa osservazione fece cancellare il vocabolo aggiunto e registrandosi nel processo verbale il motivo della cancellatura.

» Rilevossi eziandio, che l'articolo metteva il compratore alla discrezione del venditore, e che se il compratore si presentava dopo il termine stabilito per la consegna, il venditore poteva a talento suo dichiarare la

vendita annullata di pieno diritto; che conveniva quindi agguagliare la condizione loro, e prescrivere, che la vendita fosse pure annullata di pieno diritto pel compratore, quando il venditore mancasse di consegnare l'effetto al giorno prefisso.

» Si rispose, che l'articolo non può alludere che al compratore, mentre dipende dall' arbitrio suo il ricevere le cose vendute. Or s' egli non si presenta all' istante convenuto, si deve presupporre che abbia rinunciato alla vendita.

» Fa d' uopo paragonare questo art. coll' art. 1139.

» Il capitolo presente non parla se non se dell' obbligo che ha il compratore di pagare il prezzo. Nulladimeno egli è soggetto ancora ad altre obbligazioni, per es. a quella di pretendere la mercanzia all' epoca determinata. Mancando ciò, egli dev' essere condannato a risarcire al venditore i danni, che gli risultano dal non poter disporre dei suoi magazzini, de' suoi granai ec. E questi può altresì, previe le consuete intimazioni, ottenere dal giudice il permesso di metter fuori gli effetti venduti a spese, rischio e pericolo del compratore, avvertendolo del giorno e dell' ora in cui ciò succederà. Pothier n. 290.

» Si suppose quì, che il venditore ami meglio di sostenere la vendita che di annullarla secondo l' arbitrio, che gli concede l' art. 1657.

» Un altra obbligazione del compratore è quella di rimborsare il creditore delle spese da lui fatte per conservare la cosa venduta dopo il compimento del contratto; imperocchè da questo istante in poi appartiene essa al compratore. *L.* 13. §. 22. *D. de act. empt.* Nulladimeno si devia da questa regola, allorchè trattasi di cose, la cui conservazione sta a carico del venditore fino a che sieno consegnate: per esempio, egli deve tener piene le botti di vino fino al momento che il compratore dee riceverle. *Maleville Osservazione all' art.* 1657, *del cod. civ.*

Delle nullità e dello scioglimento della vendita.

» §. 78. Indipendentemente dalle cause di » nullità o di scioglimento già spiegate in » questo titolo, e da quelle che sono comu» ni a tutte le convenzioni, il contratto di » vendita può essere sciolto coll' esercizio del » dritto di ricompra, e per la viltà del prez» zo. *Art.* 1504. *Leg. civ.*

» Osservate, dice Delvincourt, che le azioni le quali risultano da queste diverse cause di risoluzioni in favore del venditore sono in verità azioni personali, poichè nascono da un contratto; ma sono al tempo stesso *in rem scriptae*, vale a dire si danno contro tutti i detentori delle cose, se tuttavia si tratta d' immobili. Il codice lo decide formalmente nel caso del patto di ricompra, art. 1664 (1510), e della rescissione per motivo di lesione, art. 1681 (1527). Quanto al caso di risoluzione per mancanza di pagamento, il principio che la vendita allora è risoluta, anche riguardo ai terzi, è una conseguenza necessaria dell' art. 1184 (1137). La stessa vendita pura e semplice si presume sempre contratta sotto la condizione, se il prezzo è pagato. Questa condizione è risolutiva; dunque se non si adempie, non vi è stata vendita, e la proprietà si reputa non trasferita. Art. 1183 (1136). Veggasi a tal proposito un arresto della cassazione del 2 dicembre 1811 in Sirey 1811. 1. parte pag. 59, un arresto di Caen del 28 giugno 1813 *ibid.* 1814 2 parte pag. 377, e due di Roano, de' 4 e 13 luglio 1815 *ibid.* 1816 2 parte, pag. 44 e 45. Evvi però questa differenza tra il primo acquirente e quelli i quali son tenuti unicamente come detentori, che costoro non sono tenuti se non quando la causa per cui la risoluzione è domandata formalmente risulta dal contratto primitivo. Supponiamo in effetti che in questo contratto sia espresso il pagamento del prezzo, ma che vi sia una controscrittura anche autentica con la quale si riconosce che il prezzo non fu pagato: la quietanza che apparisce dal contratto non impedirà che la risoluzione possa domandarsi contro del primo compratore; poichè non può egli contraddire alla sua con-

fessione consegnata nella controscrittura; ma la quietanza potrà essere validamente opposta al venditore da terze persone, come sarebbero i creditori o altri aventi causa dal compratore, riguardo ai quali la controscrittura si riputa non avvenuta. Art. 1321 (1275). Sarebbe lo stesso nel caso di rescissione per causa di lesione, se il prezzo dichiarato nel contratto non fosse qual lo richiede la legge perchè abbia luogo la rescissione, qualunque fossero d'altronde le secrete convenzioni delle parti.

» Osservate egualmente che queste azioni, quantunque in *rem scriptae*, sono pur nondimeno puramente personali, e debbono in conseguenza, e quando anche si trattasse d' immobili, esser portate innanzi al giudice del domicilio, e non a quello della situazione, se tuttavia son dirette contro il primo compratore. Vedi un arresto di Riom del 1 dicembre 1808 in Sirey 1812 2 parte p. 197. Dappoichè riguardo ai terzi detentori esse prendono in qualche guisa il carattere di azioni miste, e possono in conseguenza essere intentate sia avanti il giudice della situazione de' beni, sia avanti quello del domicilio convenuto. *Delvincourt Corso di codice civile vol.* 8. *nota* 101. *al tit.* 2.

Nella suprema corte di giustizia con decisione de' 13 novembre 1824 si ebbe per massima che il vizio della cosa litigiosa non vien compreso tra le cause della nullità, e dello scioglimento del contratto di vendita; in modo che *ipso jure* produca la sua efficacia. È mestieri, che questa come qualunque altra eccezione sia esaminata, e discussa dal magistrato, che dee decidere su l'indole del contratto.

» *Fatto.* D. Vincenzo Mattina Stanzione con istrumento dei 22 ottobre 1807 cede, e dà in pagamento un fondo urbano, e due rustici ai figli suoi Domenico, e Giovanni in soddisfazione delle doti in ducati 7500 della madre loro D. Teresa Biscione, giusta le di lei tavole nuziali del 1762; ed i cessionarj seguentemente ne fanno la trascrizione nel pubblico censimento.

» Quindi il marchese Mauri astringe lo stesso D. Vincenzo in forza d'istrumento del 1794 a pagargli ducati 100 capitale colle annualità arretrate per la incamerazione dell'arrendamento, su di cui aveva l'assegnamento.

» Il tribunale civile con sentenza contumaciale di parte de' 12 febbrajo 1810 fece dritto alla chiesta rescissione, ove il convenuto fra determinato tempo non avesse pagato l' attrasso, e non avesse fatto la surroga di altro assegnamento.

» Il convenuto non adempie; quindi il creditore in forza della dinotata sentenza contumaciale di parte a 19 febbrajo 1811, non ostante, che per legge si avesse come inesistente per lo decorso non già di mesi sei, ma di un'anno, e giorni, và al pignoramento del fondo urbano, che il debitore fin dal 1807 avea ceduto in pagamento al figlio suo Domenico, e procede al pignoramento a danno di Vincenzo col ruolo fondiario in testa del figlio; ed a 18 del seguente marzo ne fa la denunzia ad esso Vincenzo.

» Ecco giudizio di proprietà reclamata tra D. Domenico Mattina, ed il creditore Mauri. Questa viene rigettata in prima istanza, ed in appello.

» Nella pendenza del giudizio, Domenico aliena a D. Felice de Benedictis una bottega, ed un quartino con due istrumenti de' 16 settembre 1812 e dei 10 febbrajo 1813; e ne siegue la rispettiva trascrizione. Ultimato il giudizio di reclamata proprietà il creditore Mauri significa a dej Benedictis le sentenze, non che le decisioni riportate contro di Domenico Mattina, per procedere alla spropriazione forzosa, qualora il medesimo non si volesse uniformare all' art. 772 di procedura.

» De Benedictis si oppone in terzo, così alle sentenze, che alle decisioni, e deduce segnatamente la nullità del pignoramento.

» Mauri pruova la inammisibilità, e con decisione de' 7 gennajo 1823 tale fu dichiarata.

» La gran corte osservò, che la base della terza opposizione sia il pregiudizio, che si arreca ai dritti del terzo opponente con un giudicato, in cui nè egli, nè coloro, che rappresenta siano stati citati (art. 538 di procedura).

» Che l'acquirente della cosa litigiosa per la *Leg.* 2. *Cod. de litig.*, e per lo capito-

lo *conventus* di Carlo II d'Angiò niun dritto acquista negl' interessi de' litiganti; e che perciò nella specie mancando il dritto al terzo opponente, inammissibile si rende il proposto gravame.

» De Benedictis denuncia alla corte suprema la decisione, e chiede l'annullamento.

» Sostiene, che se la gran corte ha osservata la *L.* 2. *Cod. de litig.* ha violata la *L.* 29. §. 2. *de except. rei judic.*, per cui illegale è stato il suo avviso di mancargl' il dritto ad oppors' in terzo.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Nicola Fiorentino pel ricorrente, e D. Mariano Cercià pel convenuto; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso all' annullamento della decisione in esame.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: Visto il ricorso:

» Visti l'art. 538 di procedura, la *L.* 2. *Cod. de litig.*, e la *L.* 29. *de except. rei judicatae*

» Ha fatto le seguenti osservazioni.

» Se il rimedio della opposizione in terzo compete a colui, che si crede pregiudicato da un giudicato, in cui nè egli, nè coloro, che rappresenta siano stati citati (art. 538 di procedura) non dovevano i giudici del merito con una decisione in astratto dichiarare, che l' acquirente della cosa litigiosa non acquistando verun dritto nell' interesse dei litiganti, giusta la *L.* 2. *Cod. de litig.*, e per lo capitolo *conventus* di Carlo II d'Angiò, non competesse perciò questo rimedio al de Benedictis.

» Doveano essi esaminare, se nel 1812, e 1813 epoche delle compre fatte, aveano luogo fra noi l' additata legge, e capitolo; giacchè il decreto, che accompagnò il codice civile aboli tutte le leggi nella materia, che formavano oggetto delle sue disposizioni.

» Entrando in questo esame, avrebbero trovato, che nel codice si parla di vendita, e di cessione. Che nel articolo 1700 si definisce la cosa litigiosa: *Quando vi sia lite, o controversia sul merito di essa;* e che coll' articolo 1699 si permette la cessione de' dritti litigiosi.

» Avrebbero osservato, che nell' articolo 1598 si parla delle cose, che possono vendersi, e non si escludono le litigiose, e nell'articolo 1658 sulla nullità della vendita, non si annovera il viaio del litigioso.» E se nell' articolo 692 di procedura si proibisce alla parte pignorata l'alienazione a pena di nullità, sià ciò stabilito per la spropria, e per le sue conseguenze, locchè non potevasi riportare al caso; dacchè non lo spropriato Vincenzo Mattina avea alienato, ben vero il figlio suo.

» Quando si voléva ricorrere alla *L.* 2. *C. de litig.* dovea avvertirsi, che l'effetto dell' eccezione del litigioso non era altro, se non che di non permettersi, che l' acquirente proseguisse egli il giudizio; giacchè l'alienazione non era *ipso jure* nulla, ben vero si rendeva inefficace colla opposta eccezione, siccome avverte il Perezio *in Cod. lib.* 8. 1. 37. *num.* 5.

» Dovea altresì avvertirsi, che quella legge non sia stata ricevuta, potendosi la cosa litigiosa alienare, obbligare, ed in qualunque altro modo distrarsi, salvo il dritto del terzo. *Voet ad pandectas lib.* 44. *t.* 6. *n.* 3. *Gothfr. ad d. L.* 2. *et ad novell.* 112.

» Volendo poi il terzo far uso di questa eccezione era benanche ad esaminarsi se l'acquirente fosse stato consapevole oppur nò del vizio della lite per le diverse conseguenze, che derivavano dalla di lui buona, o mala fede, e sua scienza, o ignoranza.

» Doveva in fine esaminarsi se il compratore era stato rappresentato dal venditore per escluderlo dal beneficio della terza opposizione. La corte di cassazione di Francia presso Sirey nell'articolo 474 di procedura con più decisioni ha stabilito la massima, che se l'alienazione sia seguita dopo introdotta la lite, ma prima del giudicato, il compratore non sia stato rappresentato dal venditore; ed in ciò quella corte regolatrice ha seguito il responso di Papiniano *L.* 29. §. 1. *de except. rei judic. Pothier tratt. delle obbligazioni n.* 870; e 871 *e nelle pandette lib.* 44. *tit.* 2. *de except. rei judic.*, *art.* 24.

» Posti questi principj, non dovea dichiararsi inammissibile la opposizione in terzo del de Benedittis; dacchè non era stato rappresentato dal venditore; dacchè il vizio del litigioso non apportata avea la nullità delle sue

compere; e che nell'esame di questa eccezione erano anche a discutersi i validi mezzi della di lui opposizione sulla efficacia, o inefficacia della cessione del predio urbano in pagamento di dote per la nullità del pignoramento eseguito in forza di una sentenza contumaciale di parte, che decorsi li fatali per legge non esisteva a danno di Vincenzo Mattina, nell'atto che il fondo pignorato era trascritto in persona del figlio. »

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la decisione impugnata: rimettendo le cose nello stato precedente alla pronunziazione della medesima, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

Del dritto di ricompra.

» §. 79. La facoltà di ricomprare o di ri-
» scattare è un patto con cui il venditore si
» riserva di riprendere la cosa venduta, me-
» diante la restituzione del prezzo capitale,
» ed il rimborso di cui si tratta nell'articolo
» 1519. *Art.* 1505. *Leg. civ.*

L'imperatore Alessandro ammise anche il patto di ricompra nella vendita, fissandone il tempo, e la condizione, e dichiarò, che in questo caso non dovesse aver luogo l'azione di revindica, ma di vendita.

» Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur; si non precariam possessionem tradidit rei vendicationem non habet, sed actionem ex vendito. *L.* 3. *Cod. de pactis inter empt. et vend.*

Casus. Praedium mihi vendidisti, et partem pretii solvi hoc pacto, ut si intra annum residuam partem pretii non offerem quod praedium ad te reverteretur; si non solvi, ut conveni an rei vendicationem habes pro praedio quaeritur: respond. quod non, sed actionem personalem ex vendito; quia transtulisti dominium; nisi precario possessionem usque ad id tempus mihi tradidisses; quo casu competit tibi in rem actio, quia apud te dominium remansit. »

Delvincourt dà luogo a molte osservazioni sull'articolo in esame. Principalmente per ciò che riguarda la facoltà di ricomprare o di riscattare, che si fa contenere in un patto, egli dice » che un patto inserito nel contratto di vendita, se fosse fatto con altro patto ne risulterebbe, che il dritto di ricompra non potrebbe esser esercitato contro ai terzi; ed anzi, ove l'atto fosse posteriore, il retratto che fosse esercitato verrebbe tenuto non come la risoluzione dell'antico contratto, ma come una vendita novella, la quale darebbe luogo ad un nuovo dritto di mutazione e che non potrebbe pregiudicare alle ipoteche ed altri dritti reali stabiliti dal compratore ec.

» La vendita con la facoltà di ricompra è un contratto il quale ha molta rassomiglianza con una specie di convenzione chiamata contratto pignoratizio, e che nella maggior parte delle antiche consuetudini era proibita. Questa convenzione consisteva nel vender che faceva il debitore un fondo al suo creditore, con la clausola che gl'interessi del credito si compenserebbero con i frutti, e colla facoltà data al debitore di ricomprare lo stabile, sia in un dato tempo, sia in perpetuo. Era tal contratto proibito come quello che poteva servire a mascherare convenzioni usurarie, giacchè prescindendo dalla possibilità che i frutti considerevolmente sopravanzassero l'interesse legale, poteva benanche accadere che il prezzo fosse inferiore al valor dell'oggetto venduto, il che formava pure un soprappiù d'interessi. Tal volta ancora si procurava di mascherare questa convenzione facendo sparire le qualità di debitore e di creditore e fingendosi di far semplicemente una vendita col patto di ricompra. Ma ogni volta che i tribunali potevano sospettare che una simile vendita celava un contratto pignoratizio, non mancavano di annullarla. Molte circostanze servivano a far presumere l'esistenza di questo contratto: la viltà del prezzo, l'essere il venditore rimasto in possesso del fondo a titolo di fitto o altrimenti, la qualità di creditore, e debitore provata nelle due parti, ec.

» Questa proibizione esisterebbe ancora oggidì? Io credo che sì; e lo credo dietro l'articolo 2088 (1958) il quale proibisce al creditore ed al debitore per sottrarsi di pat-

toire che il creditore divenga proprietario dell'immobile per effetto della sola mancanza del pagamento nel termine convenuto. Ora nulla sarebbe più facile quanto l'eludere questa proibizione se il contratto pignoratizio fosse tollerato. Esempio: io debbo tremila franchi a Pietro e gli vendo per questo prezzo un fondo che ne vale cinquemila, col patto di poterlo ricomprare in cinque anni; il prezzo è compensato col credito. Non è ciò come io gli dessi qualche fondo medesimo a pegno fruttifero per sicurezza di que' tremila franchi con la clausola che, mancato il pagamento in capo a cinque anni, egli rimarrebbe proprietario dello stabile? Vi sarebbe in verità la differenza che nel caso della vendita col patto di ricompra, il rischio sarebbe pel creditore, talchè ove il fondo venisse a perire il debitore sarebbe almeno liberato de' 3000 franchi, laddove nello stesso caso il debitore anticretico non rimarrebbe liberato. Ma il caso della perdita di un fondo è così raro che, almeno secondo me, non debb' esser bastante a distruggere l'analogia d'altronde perfetta che passa tra le due convenzioni.

» La clausola di ricompra potrebbe aver luogo nella vendita di un oggetto mobile? Io lo crederei tanto più volentieri in quanto che il legislatore ha detto formalmente, la rescissione per causa di lesione non applicarsi che alla vendita degl' immobili; e non ha ripetuto la stessa restrizione riguardo alla clausola di ricompra; non che se non si potrebbe allora applicare l'articolo 1664 (1510) e ciò per argomento desunto dall'articolo 2279 (2186) *Delvincourt. Corso di codice civile. vol. 8. nota* 109 *al tit.* 2.

Il venditore potrebbe egli cedere ad altri la facoltà di ricomprare? Sì; risponde il medesimo giureconsulto; ma se l'acquirente esercita questo dritto ciò verrà considerato come una seconda vendita la quale darà luogo ad un secondo dritto di mutazione, e che non potrà pregiudicare alle ipoteche esistenti nel tempo della cessione per parte del venditore.

» Il dritto di ricompra potrebb' esser ipotecato? Sì. Il venditore è proprietario dello stabile venduto, sotto la condizione che eserciterà il riscatto. Ora si può ipotecare una proprietà condizionale. *Ibid. Nota* 120.

Finalmente in riguardo alla riserva di riprendere la cosa venduta, che il venditore espressamente conviene, il medesimo giureconsulto estende le sue osservazioni su tutte ciò che possa riputarsi, di accessione alla vendita eseguita.» Pothier, egli dice, n. 402 e seguenti, crede che il venditore non ha alcun dritto alle cose che non facevano parte della vendita, quantunque il compratore le abbia avute all'occasione della cosa, come i frutti percepiti fino al retratto, l'alluvione, la parte ch'egli ha potuto ricevere come proprietario nel tesoro trovato sul fondo. In quanto ai frutti non ci è difficoltà, che siano la compensazione del godimento del prezzo il quale apparteneva al venditore. Ma circa gli altri oggetti, può nascere qualche quistione. È certo che la clausola della ricompra è una vera condizione risolutiva. Or la particolarità di questa condizione, dice l'articolo 1183 (1136) è di rimettere le cose nello stato medesimo come se l'obbligazione non avesse mai esistita. Ora se non vi fosse stata vendita, tutti questi oggetti sarebbero appartenuti al venditore. L'opinione di *Pothier* era fondata sul di lui principio che la condizione risolutiva riponesse veramente le cose nel medesimo stato, ma per l'avvenire soltanto. Or queste parole *per l'avvenire* non si ritrovano nella definizione che dà l'articolo 1183 della condizione risolutiva. Bisogna d'altronde considerare che nel caso del riscatto, la causa del venditore è sempre la più favorita, poichè il più sovente, come lo stesso *Pothier* lo dice al n. 436, questa specie di vendita deve presumersi fatta a vil prezzo e per causa di necessità. Dietro ciò mi sembra non esservi alcuno inconveniente ad adottare il senso letterale che presenta l'articolo 1183.

» D'altronde noi vediamo, che nel dritto romano, se un fondo fu legato ad una persona col peso di restituirlo ad un altro dopo un certo tempo, ovvero alla sua morte, tutto quello ch'era stato da lei percepito alla occasione della cosa dalla scadenza del legato fino al punto della restituzione, esser doveva in questo compreso. (*L.* 15. *D. de le-*

gatis 3. *e L.* 3. *D. de instruct. vel instrum. leg.*). Or mi piace esservi tra i due casi perfetta analogia. Il legatario incaricato di restituire era interino proprietario della cosa legata; la sua proprietà era risolvibile pel caso in cui gli sopravvivesse il fedecommessario, come quello del compratore con la facoltà di ricompra si risolve nel caso in cui il venditore eserciterà questo dritto. Son dunque entrambe assolutamente dello stesso genere, e perciò debbono avere gli effetti ed i risultamenti medesimi. *Ibid. nota* 111.

» La clausolà di ricompera, dice inoltre Pothier, è una clausola colla quale il venditore si riserva la facoltà di comprare la cosa venduta.

» Con detta clausola l'acquirente contrae l'obbligazione di restituire al venditore la cosa venduta, quando gli piacerà di riscattarla soddisfacendo alle condizioni del riscatto.

» La vendita fatta con tale clausola è differente dal contratto di pegno. Quegli che mette in pegno una cosa ne conserva la proprietà; egli non trasferisce nel pignoratario cui l'ha data in pegno, che il diritto di possederla fino al riscatto, e di percepirne fino a detto tempo tutti i frutti e tutta l'utilità; ma quegli che vende una cosa colla clausola di ricompera trasferisce all'acquirente, cui l'abbia consegnata, la proprietà di detta cosa; esso non ha che il diritto di ricomprarla, il quale nasce dall'obbligazione che contrae il compratore colla clausola di ricompera.

» Fachineo *lib.* 11, *controv.* 3, e molti altri dottori da lui citati, han pensato che la clausola di ricompera non era valida nella vendita di un podere, quando fosse un minore quegli che ne faceva l'acquisto. Essi si fondano su ciò che è ordinato dalle leggi, che i poderi dei minori non possono essere alienati che dietro decreto del giudice, ed in conseguenza reputano nulle tutte le convenzioni in forza delle quali si obbligano i minori ad alienarli. Or, dicono essi, è contraria alle leggi che proibiscono l'alienazione dei beni de' minori, la convenzione colla quale un minore si obbliga a sottostare alla ricompera, perchè con tale convenzione il minore si obbliga di alienare il podere che ha comperato, e del quale è divenuto proprietario. Per confermare il loro sentimento, citano essi la legge 7. *Cod. de praed. minor.*, la quale dichiara nulla una convenzione colla quale un minore avesse consentito allo scioglimento di una donazione che gli fosse stata fatta; e la legge 1. §. *fin.* e la *l.* 2. *ff. de reb. eor.* le quali dichiarano nulla la clausola colla quale quegli che avesse venduto un fondo ad un minore, avesse stipulato che esso sarebbe ipotecato pel prezzo che gli fosse dovuto; *nam*, dice il giureconsulto, *ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari*. Non ostanti tali ragioni, bisogna decidere che questa convenzione sia valida in un contratto di vendita, quantunque l'acquirente sia minore. Le alienazioni dei beni dei minori che le leggi proibiscono, sono quelle puramente volontarie, e non quelle che sono necessarie, come sono quelle che si fanno in virtù di una clausola dell'acquisto medesimo. Altronde non si può dire che la ricompera di un podere la quale viene esercitata contro un acquirente, sia un'alienazione. Essa è meno un'alienazione del podere che fa siffatto compratore, che la cessazione e lo scioglimento dell'alienazione che ne aveva fatta il venditore, e dell'acquisto che ne avea fatto il compratore. Per tale ragione non è dovuto un secondo profitto per la ricompera, (Orleans art. 112) e il podere ritorna al venditore che esercita l'azione di riscatto nell'antica qualità di bene proprio qual'era prima dell'alienazione. A queste ragioni si aggiunga che le vendite fatte colla clausola di riscatto, si fanno a minor prezzo pee questa considerazione. Sarebbe cosa contraria all'equità che l'acquirente minore profittasse del buon mercato, e della diminuzione fatta sul prezzo in considerazione di detta clausola, senza esservi obbligato. La minorità attribuisce bensì al minore il diritto di far rescindere una convenzione che non gli è vantaggiosa; ei però deve in questo caso rigettarla in intiero. La sua minorità non può dargli il diritto di prendere nel contratto ciò che gli è utile, e rigettare il di più.

» È facile di rispondere alle leggi opposte La legge 7. *Cod. de praed. min.* la quale dichiara nulla una convenzione con cui un minore avesse consentito allo scioglimento di una donazione a lui fatta, non può essere in-

tesa che di una convenzione fatta *ex intervallo*, dopo che è stata conclusa e stabilita la donazione; non già di una clausola imposta dall'atto medesimo di donazione. Imperocchè un donatore che può non donare cosa veruna, può imporre alla sua donazione quei limiti e restrizioni che più gli piace: *Unicuique licet quem voluerit liberalitati suae modum apponere*; e quindi può farla con quella clausola risolutiva ch' ei giudica a proposito.

» Rispetto alle leggi del titolo *de reb. eor.* ec., la decisione che esse contengono non è fondata che sopra una pura sottigliezza. Il giureconsulto lo riconosce egli stesso, poichè dice nella *l.* 2. che si ha ricorso in questo caso al principe il quale, avendo maggior riguardo alla buona fede che alla sottigliezza, conferma la convenzione. La legge opposta non può dunque ricevere applicazione fra noi, che non ammettiamo nella nostra pratica francese le sottigliezze del diritto romano. Il sentimento che noi abbracciamo è quello di Baldo, di Pinello, di Tiraquello ec. *Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 1.° *n.* 385 e 386.

La suprema corte di giustizia a 6 marzo 1827 decise, che nel caso della ricompra la restituzione del prezzo capitale può essere compensata con quello che si avrebbe dritto a pretendere indipendentemente da questo patto.

» *Fatto.* Si è quistionato nella gran corte civile di Catanzaro, se in un atto autentico del dì 13 giugno 1818 tra D. Gerardo Coppola, e D. Nicola del Preite s'intese di stabilire la vendita di speciosi fondi al secondo pertinendi, in soddisfazione di un credito dell' altro; e col patto della ricompra *unica solutione* tra un quinquennio dal dì della stipulazione nell' atto medesimo si ebbe la intenzione più di garentire esso del Preite dalle coazioni di altri suoi creditori, che da soddisfare il debito cennato, in parte di poi estinto con compensazione di scambievoli crediti, ed in parte estinto con positive soddisfazioni. La gran corte civile con decisione del dì 17 luglio del decorso anno 1826 è stata dell' avviso di trattarsi di una positiva stipulazione di compra, e vendita; che nel rincontro attuale non potevasi ammettere una pruova testimoniale contro l' atto scritto; e che non doveasi dare ascolto a tutte quelle eccezioni, che nello stato della causa si erano opposte; dando unicamente de' provvedimenti che credette all' oggetto relativi, e da esserne in prosieguo esposti. Di questa decisione n' è dolente il divisato del Preite col presente ricorso di annullamento; e li fatti che appariscono dalla decisione di che trattasi, sono i seguenti.

» Nel giorno 13 giugno 1818 si costituirono in un' autentico atto li menzionati D. Gerardo Coppola, e D. Nicola del Preite, esponendosi che il primo era creditore dell' altro di ducati 4000 per quattro cambiali di ducati 1000 l' una, con individuazione delle scadenze delle proteste, ed esponendosi che l' anzidetto del Preite non era nella possibilità di soddisfare il suo debito, si convenne che il medesimo vendeva a Coppola quattro suoi fondi anche in quella occasione specificati, de' quali tre rustici, ed uno urbano (casa di propria abitazione dello stesso) dondocisi una valutazione, senza l' avviso di alcun perito, in ragion proporzionata al debitore: e si pattuì ancora la ricompra in favore del venditore *unica solutione* per lo ricorso del convenio: con essersi detto che il possesso di quelli fondi s' intendeva dato al compratore con quell' atto medesimo.

» Nel giorno poi 16 dello stesso mese di giugno 1818 il compratore Coppola trascrisse il già esposto atto che appariva di una vendita fattagli.

» Da quell' epoca sino a giugno 1823 non si rileva alcun' atto in iscritto di esercizio dominicale da parte di Coppola per lo menzionato acquisto; e nel dì 30 di detto mese si vede una citazione del medesimo al già divisato D. Nicola del Preite, perchè comparisse nel tribunale civile di Cosenza, e sentirsi ordinare il rilascio de' fondi venduti gli; e si sentisse condannare al pagamento di cinque anni di estaglio in ragione di ducati 200 l' anno per l' affitto degli stessi fondi.

» Nel dì 1 settembre 1823 si vide replicata la medesima dimanda e ne' termini della precedente citazione.

» A' 29 novembre 1823 seguì una sentenza contumaciale, mediante la quale si ordinò

co i il chiesto rilascio di quei fondi, che la condanna di ducati 1000 cagione del preteso affitto, salve le quantità in conto date per la causa medesima.

» Siffatta sentenza fu attaccata con opposizione nel nome di del Preite; e quel tribunale civile con altra sentenza di giugno 1824 prescrisse il seguente.

»» Ammette per opponente il signor del Preite avverso la sentenza; e riformando la stessa, condanna il detto del Preite a pagare all' attore signor Coppola fra un mese, dalla intimazione della presente sentenza, il rimanente del prezzo de' fondi a costui venduti in ducati 2200 unitamente agl' interessi decorsi alla ragione del 5 per 100 nella somma di ducati 3000 dal dì 20 giugno 1819 epoca del primo pagamento di ducati 1000 a conto sino al dì 7 gennaio 1822 epoca della delegazione degli altri ducati 800 anche a conto; e da quest'epoca in poi sulla somma di ducati 2200, scorso detto termine e non adempiendo in forza della presente sentenza, che sia di bisogno di altra; abilitato il sig. Coppola a restituire i ducati 18, che si ha ricevuto in conto e condanna in tal caso l'opponente del Preite a rilasciare il possesso dei fondi da lui venduti a favore del sig. Coppola in conformità del titolo di acquisto. Fa salve le ragioni al convenuto del Preite che possono competergli per la ripetizione della rata che dice a se spettante nella vendita della passata liquidazione fatta dal sig. Coppola degli anni 1820 e 1821 al signor Sanson e compagni, come altresì gli riserva le ragioni in ordine a ducati 100 ch' egli fa emergere dalla lettera del sig. D. Nicola del Preite del dì 7 dicembre 1823 da sperimentarli dove, e come di dritto. »»

» Da detta sentenza ne appellò in principale D. Nicola del Preite nel dì 30 settembre 1824 e dedusse, che nel tribunale civile di Cosenza aveva opposta la simulazione della vendita per li fondi in quistione, onde n'era rimasto nel possesso de' medesimi, ne aveva pagato la fondiaria, e ne aveva percepiti li frutti: Che le cambiali erano rimaste in potere del voluto compratore: Che li fondi furono per la lesione esposti senza apprezzo: Che aveva presentato in sua difesa sette cambiali in tutto del valore di ducati 1797: Che aveva esibito un contratto di società, per la speculazione di liquiriaia in due anni: Che aveva presentato una lettera di D. Nicola del Preite scritta al figlio dell'appellante, di avere ricevuto a conto di Coppola duc. 1800 sopra la principessa di Bisignano: Che il tribunale civile decise per la negativa dell'allegata simulazione, quando che col ricevo di ducati 1200 il Coppola dichiarò di averlo ricevuto a conto de' ducati 4000: Che in materia di simulazione, ed in ogni specie di dolo, e frode, che contengono un abuso di buona fede, la pruova era ammissibile. Il tribunale ammise li ducati 1800 ed omise li ducati 100 pagati a D. Nicola del Preite, creditore di Coppola: Che omise altresì di avere ragione di ducati 200 che secondo il ricevo di ducati 1200 restavano in potere di Coppola, senza causa; ed il modo indicato in quel ricevo dimostrava la continuazione da dar luogo alla simulazione: Che il tribunale lo aveva condannato agl' interessi di ducati 2200 quando in ciò non vi era stato alcun patto, e la domanda era seguita in settembre 1823. E che ammesso il negoziato della liquirizia fra di essi, come dalla copia della intimazione, ne seguiva non solo di essere per questa causa creditore di Coppola, ma benanche una compensazione de' rispettivi crediti, o debiti.

» Appellò altronde per incidente anche Coppola della riportata sentenza per i seguenti motivi.

» Non si dolse egli della duplice prescrizione di quella sentenza, cioè in un aspetto non si diede luogo all' azione del rilascio de fondi, che nell' atto di giugno 1818 si portavano per venduti ad esso appellante, ma si ordinò la soddisfazione per lo resto del debito originario cennato in quel rincontro; e nel secondo aspetto d' inesecuzione di detta prescrizione si volle dar luogo all' eseguimento dell'atto ridetto; esso appellante dunque non si dolse per la esclusione della sua azione, stante la prima prescrizione, e si attenne alla dimostrazione delle doglianze in rapporto alla lesione del suo positivo credito. In conseguenza di ciò espose, che se opportunamente si erano accreditati a conto del debito di du-

cati 4000 del ridetto del Preite ducati 800 dallo stesso pagati, eransi però imputati in altra causa. In fatti detti ducati 800 come da conteggi tra di loro erano andati in garentia della principessa di Bisignano e della fallita Buongiardino, come da un foglio in duplice del 5 novembre 1821. Indi il ridetto del Preite nel dì 5 settembre 1821 cedè all'appellante un credito di ducati 1800 sopra la detta principessa di Bisignano, col patto dell'accettazione di una cambiale di ducati 1000 tratta da esso del Preite. Quindi in gennajo 1822 con atto autentico si stabilì che de'divisati ducati 1800 ne restassero 1000 per garentia di questa ultima cambiale, e li ducati 800 in garentia di ciò che la principessa di Bisignano dovea conseguire: in ultimo si era stabilita una garentia delle ragioni opponibili da'creditori della fallita Buongiardino per lo terzo di lucro da potersi pretendere nella specolazione della liquirizia in società con Bisignano, e Buongiardino.

» Dopo la intimazione de'rapportati rispettivi appelli seguirono le intimazioni, e comunicazioni di altri documenti.

» Da parte di Coppola si diè comunicazione delle quattro cambiali enunciate nell'atto autentico di giugno 1818; una lettera di del Preite de' 12 luglio 1823 dalla quale apparisce ch'egli esponeva a Coppola un metodo da ultimare le di loro vertenze, e chiedendo un poco di tempo per l'oggetto medesimo: di altra lettera del dì 30 detto mese dalla quale si rilevano de'ringraziamenti a Coppola per aver differito i procedimenti giudiziarj su le vertenze cennate: di una sentenza del tribunale civile di Napoli de' 7 settembre 1824 per un sequestro di terzo in danno della principessa di Bisignano per un credito di atto autentico del 7 gennajo 1822, e che sulle opposizioni della medesima si annullò il detto sequestro: finalmente di una lettera de'20 ottobre 1824 dell'agente di Bisignano ad esso Coppola, nella quale era esposta una resta di debito del ridetto del Preite presso la principessa di Bisignano per la specolazione della liquirizia, e credito girato all'enunciato Coppola per rivalersene contro il medesimo del Preite.

» Per l'opposto nel nome dello stesso del Preite si diede la comunicazione degli altri seguenti documenti.

» Di un ricevo a conto de'ducati 1200 pagati a Coppola, cioè ducati 1000 in conto de'ducati 4000 a'termini dell'atto autentico di giugno 1818, e ducati 200 per spese di 20 giugno 1819: di una lettera de'16 maggio 1822 scritta da Coppola ad esso D. Nicola del Preite, stante la quale gli faceva conoscere le sue doglianze, per lo ritardo alla soddisfazione del suo credito, e che al maturo di scadenza dell'atto autentico del 1818 avrebbe dovuto immancabilmente agire con atti giudiziarj: di altra lettera de'5 dicembre 1823 diretta a D. Angelo del Preite dallo stesso Coppola per la restituzione di una cambiale di ducati 100 con contro ricevo: di altra lettera de'7 dicembre 1823 scritta da D. Nicola, e da D. Angelo del Preite, per una cambiale di ducati 100, e di un ricevo in conto di ciò, ch'era dovuto a Coppola: di una copia di un'atto autentico de'7 gennajo 1822 tra del Preite, Coppola, ed un'agente di Bisignano, nel quale è enunciata la società per lo concio della liquirizia con Buongiardino, che ne rappresentava il terzo, ed il quale lo cedette al ridetto del Preite nel dì 15 luglio per lo prezzo di ducati 1800 in favore di Coppola, e che l'agente di Bisignano per gli stessi ne pagò ducati 500 al ridetto Coppola, e per lo stesso ne promise la soddisfazione nè consecutivi maturi: di una carta de'12 luglio 1819 tra del Preite, e Coppola per la società di liquirizia: di un bilancio de'27 gennajo 1821 per la vendita di certa liquirizia: di tre cambiali de' 30 novembre 1817 di D. Nicola del Preite su di Buongiardino, e soddisfatte a Coppola: più di altre quattro cambiali di marzo 1818 girate a Coppola, e da costui quietanzate: e di una lettera di Coppola a D. Angelo del Preite per la garentia di una cambiale in favore di Meuricoffe, da essere soddisfatta al medesimo.

» Lo stato della causa così esposta andiede all'esame della gran corte civile di Catanzaro, che ne profferì la decisione nel seguente modo.

» Ella si propose due quistioni.

» 1.° Se si poteva far dritto all'appello principale di del Preite, ed in conseguenza se potevasi dire simulato l'atto autentico di giugno

1818; se potevasi dire estinto il credito di Coppola; ed in ultimo se nel rincontro potevasi dar luogo alla pruova testimoniale.

» 2.° Se dovevasi far diritto all'appello incidente nel nome di Coppola, per lo difetto di certi pagamenti, che lo stesso Coppola sosteneva di non avere riscosso dal detto del Preite.

» *Osservazioni per la prima quistione.* Con atto autentico di giugno 1818 del Preite vendette a Coppola quattro fondi per lo prezzo di ducati 4000, e col patto della ricompra nel decorso di un quinquennio. In quell'epoca esso del Preite era debitore di Coppola di ducati 4000 per quattro cambiali di ducati 1000 l'una; e gli stessi ducati 4000 furono ceduti in soddisfazione di quel prezzo, che Coppola avrebbe dovuto all'altro, per la compra de' ridetti quattro fondi, e dal detto momento cessò di esser creditore di quelle cambiali. Fra le circostanze allora ricercate ed a norma della legge per la perfezione della compra, e vendita ci fu la inserzione del documento del ruolo fondiario de' fondi: nè in quell'epoca si osservava di avere sofferto li fondi del venditore il menomo detrimento, per cagione di qualunque siasi motivo. Indi il compratore Coppola, dopo di tre giorni ne formò la trascrizione dell'atto cennato, per la indicazione del trasferimento di quelli fondi in suo favore. Quindi la esecuzione di tutte le sollennità esposte, presentavano la perfezione di un contratto di compra-vendita a norma dell'articolo 1428 leggi civili, e della *L.* 1. *D. de contrahenda emptione.* Acquistate quelle proprietà da Coppola nel modo menzionato poteva o verbalmente o in iscritto darle in affitto, benchè potevasi verificare la pattuita ricompra a norma dell'altro articolo 1565 dette leggi civili, e che in conseguenza di ciò egli il Coppola affittò gli stessi fondi al menzionato del Preite; affitto da non potersi dubitare, poichè convenuto il medesimo in giudizio da Coppola, così per lo rilascio di quelli fondi, che per lo pagamento dell'estaglio per l'affitto ridetto; ed in vece di dolersene, e ricordare all'attore la simulazione, con due lettere de' 12 e 30 luglio 1823 non fece altro che domandare del differimento, e tempo per la esecuzione: da ciò non dovevasi dubitare dell'affitto, nè contro l'atto di compra-vendita ci era alcun raggio di dubbj, e quistioni. Era poi di un'idea ragionevole di non farsi il trasferimento della fondiaria, finchè non si verificasse la condizione di reluizione già stabilita. La ricezione di ducati 1200 da parte di Coppola fu una considerazione per del Preite; abilitandolo alla reluizione in diverse frazioni e non unica soluzione per li ducati 4000; ed era osservabile che in questo rincontro appariva la percezione de' frutti al medesimo rilasciati; ed in controcambio essere tenuto agl' interessi di ducati 4000; e se avesse voluto supporsi altrimenti, essi Coppola e del Preite non si sarebbero riportati al menzionato atto di giugno 1818 come se il detto atto era una compra-vendita con la facoltà della ricompra: il riporto non permetteva alcuna contraria illazione. La speranza di Coppola che del Preite avesse eseguito quella reluizione alla quale lo aveva abilitato, lo indusse a non fare il cambiamento della fondiaria, e ad accettarne l'interesse de' ducati 4000, prezzo della reluizione. Operazione vieppiù persuadibile, per essere Coppola un negoziante, onde il ricupero del prezzo di detta reluizione giovava alle altre sue operazioni di commercio. Era altronde il ridetto del Preite in contraddizione con se stesso, poichè volendo egli sostenere la simulazione dell'atto menzionato di giugno 1818, e la estinzione del debito; le sue assertive poi ricadevano in termini vaghi ed insussistenti. In oltre trattandosi di atto scritto, la pruova testimoniale era vietata per non esserci nel soggetto caso neppure un principio di pruova scritta, nè si trattava di dolo e frode. Non doveva inoltre formare importanza il ricevo de' ducati 1200 per due motivi, uno cioè che si riportò all'atto inviolabile, e l'altro dipendendo da' fatti consecutivi di trattative amichevoli, seguite nel 1823, con ciò restava esclusa la pruova testimoniale.

» *Per la seconda.* Le somme ricevute erano state in virtù dell'accordata reluizione in modo diverso dallo stabilito nell'atto di giugno 1818, e poichè le medesime erano in due partite, una in ducati 1200, e l'altra in ducati 500 con atto autentico de' 7 luglio 1822, così delle medesime se ne doveva tener ragione.

» La gran corte civile annullò l'appello principale di D. Nicola del Preite e pronunziando sull'appello incidente nel nome di D. Gerardo Coppola, riformò la sentenza appellata. Ordinò quindi ch'esso del Preite rilasciasse a Coppola li fondi a costui venduti col titolo autentico de' 13 giugno 1818, insieme co' frutti alla ragione di annui ducati 200 dal dì della vendita, detratte le somme pagate per la contribuzione fondiaria. Condannò d'altronde Coppola a restituire li ducati 1200 a norma del ricevo de' 20 giugno 1819, e ducati 500 risultanti dall'istrumento de' 7 gennajo 1822 insieme cogl'interessi del 5 per 100 dal tempo de' pagamenti sino al rilascio de' fondi. Ordinò in ultimo al cancelliere un calcolo delle rispettive quantità per li frutti cennati, e per gl'interessi a norma di detta decisione, per indi darsene le consecutive provvidenze.

» Questa decisione si è portata dal del Preite all'esame della suprema corte, con ricorso per annullamento nei seguenti mezzi.

» 1.° Si era rigettata la domanda per la simulazione, nell'aspetto che l'articolo 1341 leggi civili vietava la pruova testimoniale trattandosi di atto scritto; ma se ciò era nella regola, che non si negava, pure la medesima non era al caso, per esserci il principio di pruova scritta; ed in questa eccezione per l' altro articolo 1347 leggi civili la pruova testimoniale era permessa.

» 2. Nella esistenza della causa della simulazione non negata dal compratore, quella cioè di evitare che li creditori della fallita Buongiardino, creditori di esso esponente ancora, non gli avessero spropriati tutti gli suoi beni fondi, onde si era stabilita la simulata vendita de' fondi medesimi a Coppola, il giudice non dovea trattenerne la verifica. Nel rincontro vi erano anche degli argomenti, e congetture che avvaloravano la eccezione medesima. Ed inoltre la pruova congetturale era ammissibile per duplice motivo, perchè concorrevano gli estremi del dolo e della frode, e perchè lo era del pari la pruova testimoniale. Finalmente avendo nel primo grado di giurisdizione allegata la simulazione, che l'attore non negò, per avere tacinto dunque ci era stato un quasi contratto, che non si dovea trasandare.

» La osservazione della gran corte civile contra de' motivi esposti, che la simulazione non si apparteneva nè al dolo nè alla frode; dimostrava una limitazione arbitraria, ed era in opposizione della legge, che caratterizza la simulazione per dolo. Violata si era in conseguenza la *L.* 1. *D. de dolo*, e l' art. 1307. leggi civili.

» 3. La gran corte civile avea avuto per vero l' atto di giugno 1818, sol perchè si era adempito alla ritualità di atti siffatti, ma non aveva considerato, che *valet plus quod agitur, quam quod simulate concipitur*, onde si doveva attenere al *quid actum* da'contraenti; al modo come cominciarono l'atto; la esecuzione che ci avevano dato; ed il metodo da ambedue serbato. Se ciò avesse eseguito la gran corte civile, si sarebbe rilevato che data la eccezione della sola trascrizione, fatta dal venditore, detto contratto non avebbe avuto alcun effetto, con essersi sempre assunta la qualità di creditore di del Preite, e non già, che Coppola si considerasse per padrone de' fondi, che si volevano venduti. In fatti il debitore aveva ritenuti li medesimi, ed il creditore non aveva restituito li titoli creditorj; e con detta qualità si aveva già riscosse delle somme in conto. Da ciò era manifesta la violazione del menzionato titolo. *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*.

» 4.° La ridetta gran corte civile aveva desunta la verità dell'affitto non garentito da alcun titolo, e sol perchè si era esposto dall'attore nell'atto introduttivo del giudizio; ed in conseguenza si era violato l'articolo 1269 leggi civili, che non permette di accogliere la posizione dell'attore, se non quando non sia comprovata. Non si era negato nel soggetto caso il possesso, che esso esponente continuò ad avere de' suoi fondi, ma la quistione era, se si era scambiato in un possesso precario, e ciò non si poteva accertare senza una pruova. Con questo metodo si potevano illustrare li fatti quistionati; ed in mancanza di ciò ci era la violazione di due articoli chiari di legge, 1561 leggi civili, e 128 procedura civile.

» 5.° La gran corte civile aveva stabilito, che contro il patto scritto nell'atto autentico di giugno 1818 cioè che la reluizione non

dovesse seguire, che *unica solutione*, il compratore aveva abilitato il venditore a pagarne la restituzione del prezzo in dettaglio; e che quante volte con tali pagamenti veniva estinto l'intero credito non aveva esso compratore il dritto a ripetere li fondi. Ma le somme che esso esponente aveva documentato di avere pagato, dimostravano la soddisfazione del detto debito; e pure la ridetta gran corte civile contradicendo a se medesima aveva rigettata alcune di quelle partite, e lo aveva condannato al rilascio de' fondi; dunque senza verificarne gli estremi era andata nelle conseguenze con violazione degli articoli 234 procedura civile; e 1369 leggi civili.

» 6.° Il compratore col suo appello contro la sentenza si era solamente doluto, per la lesione che credette di esserglisi con la medesima apportato, relativemente al più o meno del suo credito, ma non già si era lagnato di quella parte di detta sentenza che abilitò l'esponente alla restituzione del prezzo per li fondi, che s'intendevano in questo caso reluiti, senza obbligo di consegnarsi al detto compratore; ciò non ostante la gran corte civile aveva ad esso esponente ordinato nella decisione presente di consegnarsi al compratore li fondi medesimi, resistendo così all'accettazione della sentenza in rapporto a questa parte, e violando così la cosa giudicata e l'articolo 1304 leggi civili.

» Udito il rapporto; presenti gli avvocati D. Luigi Agresti pel ricorrente, e D. Gio: di Siena pel convenuto: ed inteso il procuratore generale de Re cavaliere Letizia, il quale ha conchiuso che piaccia alla corte di rigettare i mezzi desunti dalla simulazione; ed accogliendo quello che riguarda la violazione della parte della sentenza non impugnata da gravame, annullare sotto questo solo rapporto la decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione, visto il ricorso:

» *Sulla simulazione.* Atteso che nelle azioni, od eccezione di simulazione convien distinguere li casi ne' quali trattasi di ciò tra le parti stesse intervenute all'atto, che pretendesi simulato, ed i casi li quali comprendono l'interesse de' terzi; non potendo esser comuni le regole per provare la non verità dell'atto in questi due casi distinti; che un principio solo regge ora tutto il sistema della pruova, val dire di doversi ogni fede alla scrittura fosse pubblica, o privata, nè esser permesso di provare il contratto di ciò che si contiene nell'atto, se non quando non sia stato possibile di avere un titolo di ciò che si domanda, locchè per altro era nel senso del più antico dritto romano secondo quella massima *contra scriptum testimonium non datur non scriptum testimonium*: Che come applicazione di questa regola è poi detto di esservi luogo a pruova testimoniale contro le scritture nelle azioni di dolo, e nell'interesse de' terzi, essendo manifesto che il dolo consiste in quelle arti segrete da cui si fa discendere l'obbligazione, e che li terzi non possono prevedere, od impedire ciò che avviene fuori la loro presenza, ed essi ignorandolo; Che inoltre discende dalla regola medesima l'aver permesso la pruova testimoniale contra la scrittura, se siavi un principio di pruova scritta la quale venga da quello stesso a di cui favore è l'obbligazione, perciocchè l'una scrittura sta qui in faccia all'altra, ed ogni lite si risolve nella interpetrazione di due atti che si oppongono fra loro; Che l'origine di questi canoni sta propriamente nella idea di schivare tutto ciò che può esservi di vago, d'incerto, o di arbitrario nelle obbligazioni di ciascuno, e nella interpetrazione di tali obbligazioni, locchè si rende più chiaro ponendo mente a quell'altra regola di vietarsi di far uso delle pruove per presunzione, quando è vietato di far uso di testimonj.

» Che nella specie trattasi della simulazione di un contratto tra li contraenti medesimi, nè l'una parte accusa l'altra di frode, o di dolo come occasione dell'atto in contesa; Che esporre qui talune presunzioni per mostrar l'atto non vero, importa cader nel divieto della legge o domandare alla corte suprema un giudizio sul fatto, il quale non appartiene al suo istituto: Che non è qui ad usare di ciò ch'è stato detto nella esistenza di un principio di pruova per iscritto, perchè non è mai tale una carta la quale contenga dichiarazioni capaci ad essere applicate indistintamente al contratto nel senso come trovasi espres-

so, e nel senso che si pretende nascosto o simulato: Che per altro è stato largamente trattato presso i tribunali ordinarj del tenore e delle circostanze desunte dalla carta presentata per principio di pruova per iscritto, dalle quali cose non può trarsi mai un mezzo di annullamento: Che così una decisione la quale neghi tra li contraenti la pruova della simulazione conserva fermamente lo spirito della legge.

» *Su l'oggetto esposto nell'appello*. Atteso che non è de' giudizj di appellazione come è de' giudizj di prima istanza, il conoscere la causa nel senso più lato, che possa desumersi dal libello dell'attore, perciocchè si cerca nella gran corte principalmente di ciò che si pretenda essersi mal deciso nel sistema della lite, e non si cerca di pronunziare sulla somma de' dritti delle parti: Che in cotal guisa l'appellazione di una parte non dà adito a riveder la causa dal lato della parte non appellante, e che nelle cause le quali abbiano più capi, od in cui propongasi parecchie azioni od eccezioni subordinate, o siavi luogo ad un concorso di azioni, ogni appellazione la quale tratti di un capo diviso dalla causa e dall'azione ammessa, non dà luogo già presso la gran corte all'esame dei capi taciuti, o delle azioni ed eccezioni negate espressamente, o sotto la formola adattata per la pronunziazione. A ciò manifestamente portando gli articoli 507, e 508 leggi di procedura; Ch'è noto tale essere stata la regola delle appellazioni del più antico dritto romano, cui derogò poscia la *L.* 39. *Cod. de appellationibus*, ma cui si attenne gran parte de' tribunali di Europa, ove senza dimanda di parte non fu permesso a' giudici di appellazione di trattare di tutta la causa sul libello di una parte soltanto.

» Che applicando tuttociò alla specie si osserva. Aveva l'attore esposto di aver comprato un fondo con patto di ricompra e di aver locato al venditore tal fondo per gli anni della ricompera a farsi; aveva chiesto poi il rilascio del fondo, poichè non gli si era pagato il prezzo tra li termini della legge. Per contrario aveva risposto il reo convenuto di essere il contratto simulato, ed in ogni caso di aver pagato egli talune quantità in conto del prezzo della ricompra, e di compensarsi il rimanente con talune ragioni di credito nascenti da conti di negoziato avuto fra essi tra gli anni della ricompera stessa. Il tribunale civile rigettò l'eccezione della simulazione, ma dichiarò quali fossero le somme imputabili al prezzo, e dette un termine pel pagamento del saldo. Il reo appellò per la esclusa simulazione, e l'attore appellò intorno alle somme dichiarate imputabili. Nondimeno la gran corte ordinò il rilascio de' beni a favore del compratore, e riservò ad altro tempo il calcolo de' crediti. Ora si concepisce facilmente che provvedere pel pagamento del prezzo secondo il tribunale civile importa non presumere estinto il dritto di ricompra; e dall'altra parte provvedere pel rilascio del fondo, vuol dire negar la ricompra. L'affermativa qui del tribunale civile toglieva l'azione, perciocchè ogni altra ordinazione sul pagamento era la conseguenza dell'azione negata; perchè l'azione perduta colla sentenza del primo giudice recedesse dall'autorità del giudice di revisione, esigevasi un libello a ciò ottenere. Nè l'appellazione per la maggiore o minor somma da imputarsi suppliva al libello intorno all'azione negata, perciocchè trattar della somma da imputarsi o no, presuppone la idea della non appartenenza del fondo e dell'azione non più ricuperata. Quando adunque la gran corte sopra questa particolar forma di libello ha accordato ciò che ripugnava al libello medesimo, ha offeso la regola di non giudicarsi oltre alla cosa domandata, ha offeso la regola di non esservi giurisdizione sopra li capi delle sentenze, di che non siasi appellato, ha offeso in fine la regola di non esser comune ad amendue le parti l'appellazione di una di esse.

» *Sull' effetto della ricompra*. Atteso che nell'esercizio del patto di ricompra cercasi unicamente del pagamento del prezzo e delle spese tra li tempi dati dalla legge: Che non sono al certo estranei li termini della compensazione in somiglianti casi, mentre finchè non costi di essersi rinunciato a questo dritto la facoltà di valersene, contiene la idea di riguardarsi l'una parte debitrice in faccia all'altra, od almeno non vietasi di dichiarare, che si compensi col prezzo della ricompra ciò che si avrebbe dritto

a pretendere, o non essendovi, o non volendosi usare della ricompra medesima; che sia così la ricerca della natura de' crediti pretesi contro al possessore, divien parte necessaria nella lite della ricompra, sia perchè le rinunzie de' dritti non si presumono, sia perchè ogni atto che non abbia una destinazione espressa s'interpetra nel miglior senso ch'è utile all'autore dell'atto: che in ogni caso si pensi o no di voler qui la compensazione, dovrà trattarsi, o della idea astratta dell'uso della compensazione nella quistione di patto di ricompra, o de' ragguagli, e de' particolari crediti offerti per compensarsi, ciò convenendo alla integrità de' giudizj.

» Che fu trattato nella specie della compensazione del prezzo della ricompra co' conti del negoziato avuto tra le parti formandosene motivi di appello, e recando i documenti d'onde mostrasi tal negoziato, ed il lucro di tal negoziato avuto tra le parti. Che tacersi sopra tutto ciò da una parte importi aver offeso la regola di aver sempre luogo la compensazione, qualunque sia la causa de' due debiti fuori li casi dello spoglio, del deposito, e degli alimenti. Inporta inoltre aver offesa la regola di doversi esprimere li motivi di ogni decisione.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta i mezzi desunti dalla simulazione, ed annulla la decisione impugnata per tutto il dippiù. A' termini del pronunziato annullamento, rimettendo le cose nello stato precedente ad essa decisione, rinvia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 80. La facoltà di ricomprare non può
» stipularsi per un tempo maggiore di anni
» cinque.

» Se fu stipulata per un tempo maggiore
» si riduce al termine predetto. *Art.* 1506.
» *Leg. civ.*

» Altre volte, dice il consigliere di stato Portalis, la facoltà della ricompra poteva essere stipulata per un tempo lunghissimo, ed anche illimitato: quando si stipulava per un tempo illimitato non era prescrittibile che col decorso di trent'anni.

» Nel progetto di legge l'azione di ricompra si limita a cinque anni: non si permette di stipulare la durata di quest'azione per tempo più luogo. Il pubblico bene non soffre che si prolunghi troppo una incertezza la quale non può che nuocere alla coltura, ed al commercio.

» Nell'antico regime si distingueva in materia di ricompra la prescrizione legale dalla convenzionale. La legale si verificava quando la facoltà della ricompra, stipulata per un tempo illimitato, non era prescritta che col decorso di trent'anni. La convenzionale si verificava quando la facoltà della ricompra essendo stata stipulata durante un tempo convenuto tra le parti, il venditore avea lasciato passare questo tempo senza esercitare il suo dritto. Si pensava che nella ipotesi della prescrizione legale l'azione di ricompra era estinta colla sola forza di questa prescrizione; ma che nel caso della prescrizione convenzionale era necessario che l'acquirente ottenesse contra il venditore o quelli che avevan causa da lui, un decreto di perdita di dritto.

» Questa distinzione non ci ha presentato che una vana sottigliezza. È necessario di far decadere un venditore da un'azione che più non esiste? Quest'azione la di cui durata erasi determinata dal contratto può sopravvivere a se stessa? Perchè mai volere che una parte sia obbligata a munirsi di un decreto, quando la sicurezza è pienamente garentita dalla convenzione?

» Il progetto decide che l'azione di ricompra è estinta per legge dopo il termine convenuto, il quale non può eccedere i cinque anni. *Esposiz- de' motivi sul cod. civ. n.* 70.

» §. 81. Il termine fissato è perentorio, e
» non può essere prorogato dal giudice. *Art.*
» 1507. *Leg. civ.*

Così Ulpiano.

» Si quid ita venierit, ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur. *L.* 30. §. *penult. D. de aedilitio edicto.*

» §. 82. Se il venditore non eserciti la sua
» azione di ricompra nel termine prescritto,
» il compratore rimane proprietario irrevoca-
» bile. *Art.* 1508. *Leg. civ.*

Ulpiano nel soggetto caso riguarda il dritto di proprietà che acquista il compratore, come un' accessione alla compra.

» Si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita judicium dabitur. In causae autem cognitione hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit praesens cui redderetur, aut alia justa causa intercessit, cur intra diem redhibitum mancipium non est, quod ei (*scilicet emptori*) magis displicnerat. In his autem actionibus eadem erunt observanda quae de partu, fructibus, accessionibus, quaeque de mortuo redhibendo dicta sunt. Quod emptioni accedit, partem esse venditionis, prudentibus visum est. *L. 30. §. ult. D. de aeditilio edicto.*

Il nostro articolo richiama le seguenti osservazioni di Delvincourt.

» Cosa si dee intendere per le parole *azione di ricupera?* Significano forse che bisogna intentare un'azione? La corte di cassazione nel 25 aprile 1812 decise il contrario, stabilendo che una semplice offerta anche insufficiente o irregolare e non seguita da citazione bastava a perpetuare il dritto del venditore. Il che dipende dall'essere la causa del venditore colla clausola di ricomprare sommamente favorita. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo 8. nota 114 al tit. 2.*

Intende poi per *proprietario irrevocabile* » di primo dritto, e senza bisogno di ottenerne sentenza. Nell' antico dritto si poteva stipulare la ricompra in perpetuo; ma l'azione rimaneva prescritta quando non era stata esercitata nel corso di trent' anni; ed allora rimaneva estinta di pieno dritto e senza giudizio. Se era stato fissato un termine minore di trent'anni la facoltà non si estingueva che quando allo spirar del termine il compratore aveva ottenuta una sentenza che dichiarasse decaduto il venditore; altrimenti non si estingueva che mercè la prescrizione ordinaria di trent'anni da contarsi dal giorno della vendita, ed anche secondo alcuni autori dallo spirare del termine.

» Le disposizioni del codice sono più ragionevoli, più conformi al rispetto dovuto alle convenzioni, e tendono d'altronde a mantenere e consolidare la proprietà.

» Il compratore potrebbe acconsentire al prolungamento del termine? Mi è avviso che no. La proibizione è qui in certo modo d'ordine pubblico; poichè tende a rimuovere ciò che potrebbe inceppare la circolazione delle proprietà: se non che spirato il termine il compratore può accordare al venditore una dilazione pel rimborso del prezzo e delle somme accessorie. Ma la proprietà passa allora sul capo del venditore, e non rimane più al compratore che un semplice credito, per sicurezza del quale io credo che può ritenere lo stabile *quodam pignoris jure* sino all'intero rimborso. *Ibidem nota* 115.

» §. 83. Il termine corre contra qualunque » persona, ancorchè minore di età, salvo il » regresso se vi sia luogo, contra chi vi è » tenuto per dritto. *Art.* 1509. *Leg. civ.*

» Dobbiamo, dice Portalis, far osservare una differenza tra l'antica giurisprudenza ed il progetto di legge. Quella distinguendo la prescrizione legale dalla convenzionale, stabiliva che quando la ricompra non si estingueva che colla legale prescrizione, questa prescrizione non correva contra i minori, e che il minore non poteva essere colpito se non dalla prescrizione convenzionale.

» Ci è sembrato che in tutt'i casi la prescrizione sì legale che convenzionale correr deve contro chiunque senza eccezione.

» Da principio questa regola non può esser dubbia in alcun sistema, quando si tratta della prescrizione convenzionale; poichè in questo caso è questione della esecuzione di un patto: ora i patti esser non possono che il risultato e l'opera della volontà. Sarebbe dunque assurdo che un acquirente si trovasse soggetto, per un avvenimento estraneo al contratto, ad una proroga che non avrebbe nè voluta, nè consentita. Riguardo alla prescrizione legale, sarebbe acquistata, nel sistema del progetto di legge, col decorso di cinque anni; poichè con questo progetto l'azione di ricompra non può avere una più lunga durata. Ora una prescrizione di cinque anni è una prescrizione abbreviata, la quale non saprebbe essere regolata come le prescrizioni ordinarie.

» In queste le leggi hanno più in mira l'interesse del proprietario spogliato, che quello di un semplice possessore o di un usurpatore ambizioso. Da qui nasce che queste ammettono con gran favore, in queste specie di prescrizioni, tutto ciò che può interromperne il corso.

» Nelle prescrizioni abbreviate le leggi per

alcune considerazioni maggiori di pubblico utile, hanno più in mira l'interesse di colui il quale può valersi della prescrizione, che l'interesse della persona alla quale la prescrizione può essere opposta. Da qui nasce che i minori sono colpiti dalle prescrizioni abbreviate; poichè le ragioni di pubblico bene che hanno fatto ridurre questa prescizione a minor tempo, lottano sempre con vantaggio per le persone che le leggi si propongono di proteggere e soccorrere. *Esposiz. dei motivi sul cod. civ. n.* 70.

» §. 84. Il venditore che ha pattuito la ri-
» compra, può esercitare la sua azione con-
» tra un secondo acquirente, quando anche
» nel secondo contratto non si fosse fatta men-
» zione del dritto di ricomprare. *Art.* 1510.
» *Leg. civ.*

L'azione che si sperimenta contra il secondo acquirente per riaversi dal venditore l'immobile venduto, è l'effetto del patto della ricompra, che l'imperatore Alessandro chiama *actio praescriptis verbis vel ex vendito*.

» Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi, sive heredes eorum emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora obtulissent restitueretur (*scilicet fundus*) teque parato (*scilicet venditore vel herede venditoris*) satisfacere conditioni dictae, heres emptoris non paret; ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum quae post oblatam (*et consignatam, et depositam*) ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad adversarium pervenerunt. *L.* 2. *Cod. de paetis inter empt. et vend.*

Casus. Pater tuus vendidit Titio fundum hoc pacto, ut quandocunque pretium sibi refunderet, vel heres, vel intra certa tempora restitueret ei fundum: offerente te, qui es heres patris pecuniam, si Titius, vel heres ejus fundum non restituat, agere potes praescriptis verbis, ut fides servetur. »

È mestieri esaminare inoltre le reciproche obbligazioni, cui sono tenuti in caso di ricompra il venditore, ed il compratore. Per più precisamente conoscerle stimiamo attenerci a quelle enumerate da Pothier.

» Il compratore o il possessore, dietro l'azione di ricompra, dice questo giureconsulto, deve esser condannato a rendere la cosa venduta.

» Si è trattata la questione, se in tal caso il venditore possa costringere *manu militari* il compratore a restituirgli la cosa di cui egli trovasi in possesso, facendo ordinare, quando sia un podere, che gli sarà permesso di mettersene al possesso, di espellerne a viva forza il compratore mediante il ministero di un usciere; e quando sia un mobile, facendo ordinare che gli sia permesso di farlo prendere e trasportare: ovvero, se il compratore debba esser condannato solo nei danni ed interessi, mancando di soddisfare alla sua obbligazione. Questa questione è eguale in tutto a quella da noi discussa nella seconda parte di questo Trattato, *n.* 67 (*Vedi* §. 30. *ove questa quistione di Pothier è riportata*) onde sapere se il venditore che fosse ancora in possesso della cosa venduta, potera esser costretto *manu militari* a rilasciarla, o se non fosse tenuto che ai danni ed interessi. Le ragioni ivi diffusamente da noi esposte a favore e contro, rispetto a questa gestione, ricevono qui la loro applicazione. Il fatto della restituzione della cosa venduta, al quale obbliga il compratore la clausola di ricompra, egualmente che quello della tradizione a cui obbliga il venditore il contratto di vendita, non è un puro fatto della persona del debitore; *non est nudum factum*, ma un fatto *quod ad actionem accedit*, alla di cui esecuzione può esser costretto *manu militari.* Quindi siccome abbiam deciso che il venditore può esser costretto *manu militari* a consegnare la cosa che ha venduta; quando ne sia ancora in possesso; così dobbiamo decidere del pari che quegli che ha comperata una cosa colla condizione di ricompra, può esser costretto *manu militari* a renderla. È questo il sentimento di Fachineo *contr.* 11. 8. nonchè di Pinello, Zoanetti e Cassaneo. Tiraquello ha adottata l'opinione contraria.

» La cosa venduta dev'essere restituita al venditore che promove l'azione di ricompra, nello stato in cui ella si trova; a riserva che se per colpa del compratore essa sia deteriorata, il compratore dev'esser condannato nei danni ed interessi risultanti da questo deterioramento.

» A questo riguardo il compratore è responsabile della colpa leggiera, secondo la natura del contratto di vendita, e secondo il principio stabilito nel nostro *Trat. delle obbl. n.* 141, che nei contratti fatti per utilità reciproca de' contraenti, come è il contratto di vendita, le parti sono tenute fra loro alla colpa leggiera, *de levi culpa*.

» Allorchè la cosa trovasi deteriorata senza colpa del compratore, il venditore che promove l'azione di ricompera deve prenderla quale essa si trova, senza poter pretendere a questo riguardo che gli sia fatta alcuna diminuzione sul prezzo ch'ei dee rimborsare; avvegnachè la ricompera contenendo una risoluzione intiera del contratto di vendita, ciascuna parte non può nulla ritenere di ciò che ha ricevuto dall'altra in virtù del contratto. Altronde la clausola di ricompera contiene la condizione d'indennizzare il compratore contro cui deve esercitarsi la ricompra. Inutilmente opporrebbe il venditore che la cosa venduta non è a suo rischio dopo la tradizione, e che per conseguenza non deve soffrire la perdita sopravvenuta in detta cosa. La risposta è che, essendo in suo arbitrio di non intentare l'azione di ricompera, se crede che la cosa non valga più il prezzo pel quale l'ha venduta, è in suo potere di non sopportare la perdita arrivata alla cosa, e di lasciarla sopportare dal compratore.

» Supponiamo al contrario che il podere venduto con la clausola di ricompera abbia ricevuto dopo il contratto qualche aumento naturale, *puta*, dall'alluvione; il venditore il quale promove l'azione di ricompera, deve egli profittarne? Fachineo, *controv.* 11, 6, ed i dottori da esso citati sostengono la negativa. Essi appoggiansi a queste regole di diritto, *ubi periculum, ibi et lucrum l. fin.* §. 3. *Cod. de furtis. Secundum naturam et commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*, l. 10. ff. *de reg. jur.* Ora dopo il contratto di vendita quantunque fatto colla facoltà di ricompra, la cosa sarebbe a rischio del compratore; quando ella fosse perita in tutto o in parte, esso ne avrebbe sofferto la perdita; il venditore si sarebbe certamente ben guardato dall'intentare l'azione di ricompra. Poichè il compratore avrebbe sofferta la perdita, egli dunque, secondo le regole di equità, deve profittare dell'aumento, e ritenere l'alluvione seguita dopo il contratto. Giusta il principio qui sopra stabilito, si opporrà che il compratore contro di cui s'intenta l'azione di ricompra non deve ritenere nulla di ciò che gli è stato venduto; ora l'aumento che si è fatto rispetto al podere venduto, per la sua unione col medesimo è divenuta una parte di esso podere: non può quindi il compratore ritenerla; altrimenti egli riterrebbe una parte del podere che gli è stato venduto. Io rispondo essere bensì vero che tale aumento fa parte del podere che gli è stato venduto; ma è vero del pari che detto incremento il quale ha soltanto incominciato ad esistere dopo la vendita non gli è stato venduto, e che il podere non è stato venduto rispetto a tale parte. Quindi il compratore, separandolo dal podere venduto, o ritenendolo, non ritiene nulla di ciò che è stato venduto; ed il principio che ci viene opposto non soffre il menomo pregiudizio. Si oppone l'esempio di più casi nei quali il compratore è obbligato di restituire non solo la cosa, ma tutto ciò che ne è proceduto, e tutto ciò che vi accede. La risposta è, che ciò ha luogo allorchè le cose sono rimesse nello stato medesimo come se la vendita non fosse giammai seguita; tale è il caso in cui manca la condizione sospensiva sotto la quale fosse stato stipulato il contratto, o nel caso in cui la nullità del contratto venga pronunciata dietro qualche azione rescissoria o redibitoria. Ma la ricompera non ha questo effetto; essa non iscioglie il contratto che rispetto all'avvenire, e lo lascia sussistere quanto al passato. Essa non deve quindi impedire l'acquirente dal ritenere ciò che è proceduto dalla cosa venduta, e ciò che vi ha acceduto nel tempo ch'è durato il contratto. Questa opinione di Fachineo sembra la più vera: è confermata da un decreto del senato del Piemonte ch'ei cita, ed è adottata da Despeisses.

» L'acquirente contro del quale s'intenta l'azione di ricompra, può con più forte ragione ritenere gli aumenti da esso fatti a sue spese, allorchè essi possono essere separati, come sarebbero gli ornamenti, i cammini, i quadri ec., rimettendo la cosa nello stato in cui l'ha ricevuta. Relativamente agli aumenti

che non possono levarsi, come sono le piantagioni, i fabbricati ec., ei dee lasciarli, facendosi però render ragione delle spese, nel modo che noi esporremo *infra*.

» Secondo li stessi principj a me sembra doversi decidere che il compratore il quale nella sua qualità di proprietario del podere che gli è stato venduto ha avuto il terzo di un tesoro trovato in detto podere prima della domanda di ricompra, non è obbligato di renderlo al venditore che fa uso della ricompra. È vero che tale tesoro esisteva ed era contenuto nel podere venduto all' epoca della vendita, nel che questo caso potrebbe sembrar differente da quello dell' alluvione; ma quantunque questo tesoro esisteva a quel tempo, era una cosa che allora non apparteneva ad alcuno: il venditore del podere in cui era nascosto, non ne aveva nè la proprietà nè il possesso, e non faceva in verun modo parte di detto podere; *L.* 3, §. 3, *ff. de acq. post. glossa ad. d.* §. *in verbo cepisse*. Epperò non si può dire che questo tesoro facesse parte di ciò che è stato venduto; e per conseguenza il venditore che non ha diritto di ripetere con l'azione di ricompra se non ciò che ha venduto, non può ripetere la parte di detto tesoro ch'ebbe il compratore *jure quodam accessionis*; *quia quamvis ille thesaurus non fuerit proprie pars fundi, tamen cum in fundo inventus fuerit, quodammodo ex fundo profectus, et ideo saltem pro parte, domino fundi addici debere visus est*. Solo all' epoca della scoperta, e per conseguenza dopo il contratto, ha avuto origine tale diritto e l'acquirente ha acquistato il terzo di questo tesoro; e per consegnenza egli può ritenerlo, dietro i principj sopra stabiliti.

» La sarebbe ben diversa se fosse una miniera che avesse scoperta l'acquirente nel podere. Quantunque questa fosse ignota al tempo del contratto di vendita del podere, e che in conseguenza non ne accrescesse il valore, essa però fin d'allora faceva parte del podere venduto; e perciò l'acquirente deve rendere al venditore che promove la domanda di ricompra, ciò che ha ricavato da detta miniera, dedotte le spese. *Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 2. *n.* 399 *a* 404.

» §. 85. Il compratore che ha convenuto » la ricompra esercita tutte le ragioni del suo » venditore. Egli può prescrivere tanto con» tra il vero padrone, quanto contra coloro » che pretendessero di aver ragioni o ipoteche » sopra la cosa venduta. *Art.* 1511. *Leg.* » *civ.*

» È inutile senza dubbio di aggiungere, ci fa riflettere il tribuno Faure, che subito spirato il termine senza che il venditore avesse agito s'intende decaduto di pieno dritto; poichè se conveniva di mettersi in mora sarebbe un mezzo da prolungare i cinque anni, e la intenzione del legislatore è troppo evidente perchè un mezzo tale possa essere riguardato come ammissibile.

» Durante questo tempo l'acquirente esercita i dritti medesimi che avrebbe esercitati il suo venditore per tutto ciò che tende all' utile, ed alla conservazione dell' oggetto venduto, ed il venditore ne profitta se fa uso della facoltà che si ha riservata. L'acquirente però non può gravare l'oggetto venduto di alcun peso nè di alcuna ipoteca in pregiudizio del suo venditore. I pesi ed ipoteche sono condizionali come la proprietà. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.°* 71.

Vedi il §. precedente.

» §. 86. Può opporre il beneficio della di» scussione ai creditori del suo venditore. *Art.* » 1512. *Leg. civ.*

» Perchè, dice Maleville, il compratore con patto di ricupera è veramente proprietario, quantunque di una proprietà ch'è sotto condizione, ed in ciò consiste il divario tra la vendita con patto di ricupera e quella obbligazione che non trasferisce la proprietà. *Maleville. Osservaz. all'art.* 1666. *del cod. civ.*

Vedi *Ipoteca* §. 59. e *Fidejussione* §. 11.

» §. 87. Se il compratore di una parte in» divisa di un fondo col patto della ricompra » è divenuto *aggiudicatario* del fondo inte» ro per mezzo di una vendita all' incanto » provocata contro di lui, può obbligare il » venditore a ricomprare tutto il fondo, » quando egli voglia far uso del patto. *Art.* » 1513. *Leg. civ.*

Questo articolo è preso dal responso di Ulpiano.

» Si debitor communis praedii partem pi-

gnori dederit, et a dominio alterius partis provocatus creditor ejus, aut ab alio creditore alterius (*ergo duo qui rem communem habebant pignori obligaverunt creditoribus suis forte, non simul*) debitoris licitando superaverit; et debitor ejus (*scilict postmodum*) cui res fuit adjudicata, velit partem suam praedii recuperare soluto eo (*scilicet tantum*) quod ipse debuit; eleganter dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit recuperare quam creditor per adjudicationem emit. Nam et si partem rei (*scilicet communis tibi et alii*) vendideris, et prius quam traderes emptori, communi dividundo judicio provocatus fueris, alteraque pars tibi adjudicata sit, consequenter dicitur, ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere paratus fuerit, quia haec pars beneficio alterius venditori accessit; quinimo et ex vendito posse conveniri emptorem ut recipiat totum: solum illud spectandum erit num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor; aeque ut pretium restituat ex empto tenebitur. *L.* 7. §. 13. *D. communi dividundo.*

Brunnemanno da questo paragrafo di legge prende occasione di risolvere alcuni dubbj, che riguardano il dritto di ricompra da sperimentarsi su quella parte di un fondo comune in cui cade la divisione, o da sperimentarsi su quella parte di fondo avuta giudiziariamente per un credito.

» Creditor accepit rem pignoratam quae duobus erat communis, ab uno domino potestne ab altero condomino ad divisionem provocari? Affirmatur hic, adeo ut debitor cogatur istam divisionem ratam habere tanquam necessario factam. Sed pone licitanti creditori rem fuisse adjudicatam, potestne debitor solvendo debitum recuperare suam partem? quod negatur, nisi et eam partem velit recipere, quam creditor per adjudicationem emit, ne scilicet creditor invitus incidat in communionem; quia communio est mater discordiarum. Ex hoc §. potest probari, si res aliqua judicialiter sit in solutum data, et res sit pluris quam debita pecunia, quod tunc datio in solutum sit nulla quia in communionem inciderent, ut pluribus autoritatibus pro more confirmat. *Tiraquel. de retr. consag.* §. 23. *gl.* 2. *n.* 26. Sic si Titius rem ipsi mihi quae communem vendat, an possum redimere partem Titii, relicta mea parte? et non posse respondit Tiraquellus *d. gl. n.* 32. *Brunnemanni Com. in Pand. ad* §. 13. *L.* 7. *tit. communi divid.*

» §. 88. Se più persone han venduto unitamente, o con un solo contratto un fondo tra essi comune, ciascuno può esercitare l'azione di ricompra soltanto sulla parte che gli spettava. *Art.* 1514. *Leg. civ.*

Allorchè più individui vendono una cosa comune, e stipulando il patto della ricompra si obbligano solidalmente di garentire la cosa venduta, e di rimborsare il prezzo, quest'obbligo solidale mette ciascuno nel dritto di ripetere la cosa intera? L'affermativa è dettata da Delvincourt. *Corso di cod. civ. nota* 127 *al tit.* 2. *Tomo* 8.

Se la cosa venduta è indivisa in modo che ciascuno dei venditori non possa riprendere la sua parte, in mancanza dell'obbligo solidale fra loro pare che non si rende inefficace il patto della ricompra. Argomento ne somministra l'articolo 1175, in virtù di cui quello il quale ricerca l'adempimento del patto è tenuto per l'intero pagamento allorchè vuole ricomprare la cosa venduta. Vedi *Obbligazione* §. 48 *e* 49. Vedi ancora il seguente art. 1516. §. 90.

» L'azione di ricompra, osserva quindi Pothier, è divisibile, quando la cosa venduta sia qualche cosa di divisibile, com'è un podere; perciò se il podere è stato venduto con questa clausola a più acquirenti o ad un acquirente che abbia lasciati più eredi, essa non può essere promossa contro ciascuno di loro che per la parte che ciascuno ha nel podere.

» *Viceversa*, se più venditori han venduto con tale condizione un podere, o se un venditore ha lasciati più eredi, ciascuno dei venditori non può intentare l'azione di ricompra che per la sua parte, ed egualmente ciascuno degli eredi non può promoverla che per la parte di cui è erede. È vero che alcuni autori sono di contrario avviso, e

pensano che ciascuno dei venditeri o degli eredi debba essere ammesso a promovere l' azione di ricompra pel totale, dando cauzione al compratore di difenderlo contro i suoi convenditori o contro i suoi coeredi, e salvo ad esso di concertarsi con loro nel caso che volessero aver parte alla ricompra. L'opinione però di questi autori è contraria ai principj stabiliti da Molineo *Tr. de div. et indiv.* P. 3, *n.* 582 *et seg.*, del quale noi adottiamo il parere. L'azione di ricompra essendo divisibile, poichè essa ha per oggetto un fondo, che è qualche cosa di divisibile, essa si divide necessariamente fra gli eredi del venditore. Non succedendo ciascun erede a dell'azione se non per la sua parte non può promuoverla che per detta parte, e dev' essere in facoltà del compratore di conservare le altre parti, se lo giudica a proposito, quando gli altri eredi non facciano uso dell' azione di ricompra.

» Non ostante, se il compratore giudica che non è del suo interesse di ritenere delle porzioni divisibili, non si potrà obbligarlo a soggiacere ad una parte di ricompra di detto podere, ch' egli ha comperato per averlo in intiero. Quindi il compratore può in simil caso conchiudere che sia rigettata la domanda di detto erede parziale, quando ei non preferisca di riprendere il podere in intiero e di rimborsare il compratore di tutto il prezzo e delle spese legittimamente fatte pel suo acquisto. Cotale erede che sarà stato obbligato di ricomprare il podere per intiero, avrà diritto, nella divisione dell' eredità, di domandare a' suoi coeredi, che siano essi tenuti a fargli ragione per le rispettive loro parti della spesa di ricompra, diversamente che il podere gli resti per intiero.

» La nostra decisione è fondata sulla natura stessa dell' azione di ricompra la quale obbliga il venditore o i suoi eredi che ne fanno uso ad indennizzare il compratore contro cui la esercitano a rimetterlo nello stato medesimo in cui era prima del suo acquisto. Or se l' erede parziale del venditore, il quale eserciti la ricompra per la parte di cui è erede, non fosse obbligato di ricomprare il tutto, allorchè lo domanda il compratore, non sarebbe questi indenne: egli non sarebbe restituito nello stato medesimo in cui era prima del suo acquisto; poichè sarebbe obbligato di soffrire l' incomodo di una comunione che ei non ha voluto nè inteso di soffrire quando ha acquistato il podere, avendone fatto l' acquisto per averlo tutto intero. La l. 41, §. 9 *de leg.* 3. non è contraria alla nostra decisione. Ella si riferisce al caso di un erede il quale è stato gravato dal testatore di vendere a due legatarj un determinato podere per un prezzo stabilito. Essa dice bene che uno di detti legatarj può domandare che gli sia venduto il podere per la sua parte, quantunque l' altro non voglia comperarlo. Ciò è conforme a quanto noi diciamo, che uno degli eredi del venditore può dimandare di esercitare la ricompra per la sua parte: non ne segue però che l'erede chiamato in giudizio su tale domanda non possa, per la sua indennità, obbligare il legatario ad acquistare il totale. È questa un altra questione che la legge non decide, e che neppure agita: e perciò non può esserci opposta. *Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 2. *n.* 396.

» §. 89. Avrà luogo la stessa disposizione,
» se colui che ha venduto il fondo, avesse
» lasciato più eredi.

» Ciascuno di questi coeredi può far uso
» della facoltà di ricomprare per quella so-
» la parte che prende nella eredità. *Art.*
» 1515. *Leg. civ.*

Valga la massima dettata da Giustiniano il quale dispose che le particolari convenzioni si trasmettano agli eredi ancorchè nel contratto non se ne fosse fatta espressa menzione.

» Veteres juris altercationes decidentes, generaliter sancimus, omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando, et faciendo inveniatur, et ad heredes, et contra heredes trasmitti, sive specialis heredum fiat mentio sive non. *L.* 13. *Cod. de contrah. et com. stipul.*

Casus. Omnis stipulatio sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ad heredes, et contra heredes transmitti potest, sive qui stipulavit de herede facit mentionem sive non; nec credatur quod illa quae in faciendo consistit contra heredes non transeat, quasi fa-

stum uni impositum, non possit ab alio compleri, quia bene potest transmitti. »

Se uno degli eredi ha ricomprato il tutto col consenso del compratore, sarà egli tenuto a conferire nella massa l'oggetto ricomprato a carico de' suoi coeredi di rimborsargli ciascuno la propria quota in ciò ch'egli ha pagato per la ricompra? Io credo, dice Delvincourt, che faccia d'uopo distinguere: s'egli ha interpellato gli altri eredi di cooperare alla ricompra ed essi hanno rifiutato, non appartiene loro alcun dritto da esercitare. Lo hanno bensì nel caso contrario; mentre allora il coerede il quale ha ricomprato si presume aver fatto l'affare della successione, vale a dire de' suoi coeredi, ipotesi che non è applicabile al primo caso, *quia inviti negotium non geritur. Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 8. *nota* 129 *al tit.* 2.

« §. 90. Ma il compratore ne' casi espressi » ne' due precedenti articoli può esigere che » tutti i venditori del fondo comune, o tutti » i coeredi sieno chiamati in giudizio, affinchè si concordino tra essi per la ricompra del fondo intero; e se non concordano egli sarà assoluto dalla domanda. *Art.* » 1516. *Leg. civ.*

» L'acquirente, dice il tribuno Faure, cui si è venduta una eredità tutta insieme colla facoltà di ricomprarla, con ragione sostiene che non può essere obbligato a conservare una parte della eredità medesima abbandonando l'altra. Egli non ha comprato delle porzioni distinte, ma un corpo indivisibile, riguardo ai termini del contratto, ed alla sua intenzione. La ricompra non può essere divisa. L'acquirente è dunque autorizzato a dire ai suoi venditori: accordatevi tra voi per riprendere il tutto; in caso contrario io non restituerò cosa alcuna.

« Tale è la disposizione del progetto di legge: termina ella con dire che se i venditori non si conciliano per la ricompra della eredità intera, l'acquirente non sarà molestato. *Esposizione dei motivi sul cod.civ.n.*71.

« Quando si discusse l'articolo 1670(1516), osserva Maleville, si richiese, perchè l'azione della ricupera non potesse trasmettersi direttamente ad un solo de' venditori, o de' coeredi, che la esercitasse in nome di tutti. In cotal guisa, si diceva, il primo che esercitasse quest'azione si accorderebbe con tutti gli altri, e dividerebbe con essi il fondo, nel caso che gli sborsassero la rispettiva quota del prezzo, o la riterrebbe per se nel caso che ricusassero di farlo. Si divisò anche di riformare in cotal modo l'articolo, ma poscia si abbandonò la divisata riforma, attese le rappresentazioni del tribunato. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1670 *del cod. civ.*

« D'altronde riflette Delvincourt, poichè occorreva dare la totalità ad uno dei venditori, si è dovuto preferire il compratore *melior est conditio possidentis.* Del rimanente la disposizione risulta dal principio che l'obbligo di consegnare è indivisibile, almeno *solutione.* Il compratore acquistò l'immobile per averlo intero, e non per averne una parte. Convien dunque ch'egli abbia tutto o nulla. Non è lo stesso allorchè egli compra ciascuna parte separatamente, e con diversi cotratti. *Delvincourt. Corso del cod. civ. Vol.* 8. *nota* 128 *al tit.* 2.

» §. 91. Se diversi proprietarj di un fon» do non l'abbiano venduto unitamente e » per intero, ma ciascuno abbia venduto la » sola sua parte, possono separatamente esercitare l'azione di ricompra sopra la por» zione che loro apparteneva.

« Il compratore non può astringere colui » che in tal modo l'esercita, a ricomprare » l'intero fondo. *Art.* 1517. *Leg. civ.*

Se coll' articolo 1514 (§. 88.) è data la facoltà di ricomprare la sua parte a colui, che ha venduto unitamente con altri o con un solo contratto un fondo comune, con più giusta ragione doveva accordarsi l'azione della ricompra a colui, che ha venduto isolatamente la sua parte. Una, in cotal caso, essendo la vendita di quella porzione che spetta ad alcuno su di un fondo comune, uno è il dritto che gli viene a risultare. Vedi il §. 88.

« §. 92. Se il compratore abbia lasciato » più eredi, il dritto di ricompra può eser» citarsi soltanto contro ciascuno per la sua » parte, tanto se il fondo venduto sia ancora » indiviso, quanto se gli eredi l'abbiano di» viso tra loro.

» Ma se l'eredità si è divisa, e la cosa ven-

» duta sia caduta interamente nella porzione
» di uno degli eredi, l'azione di ricompra si
» può intentare contro di lui per l'intero.
» *Art.* 1518. *Leg. civ.*

Può servire di norma il rescritto dell'imperator Decio, il quale dichiarò che le azioni personali tra gli eredi debbono dividersi secondo le loro rispettive porzioni ereditarie, e che le reali debbono solo seguire il possessore.

» Pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere, etiam in fisci rationibus placuit: nisi intercedat pignus, vel hypotheca, tunc enim possessor obligatae rei conveniendus est. *L. 2. Cod. de hereditariis actionibus.*

Casus. Si debitor meus duos heredes instituit, unum ex octo, alium ex quatnor unciis; pro portionibus hereditariis eos convenire debeo. Si vero pignora mihi obligata aliquis eorum possideat, possessorem tantum habeo obligatum, et hypothecarios insolidum convenire potero. »

Se mai la divisione è seguita tra i coeredi, ciascuno può essere convenuto per quella porzione che effettivamente possiede. » In conseguenza riflette Delvincourt, se colla divisione è toccata ad uno di essi la totalità dell'immobile, la ricompra potrà essere esercitata contro di lui pel totale. Ma da questa parola *può* del nostro articolo dee conchiudersi che in questo caso il venditore potrebbe non esercitare la detta facoltà che per la parte di colui al quale la totalità della cosa è spettata? Io non lo penso. Il coerede non è più del venditore obbligato a conservare una proprietà indivisa. Del resto da siffatte disposizioni risulta che l'azione di ricompra è divisibile di sua natura, e che può conseguentemente conservarsi contra uno degli eredi del compratore, e rimanere estinta riguardo ad un altro. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Vol.* 8. *nota* 131. *al tit.* 2.

» §. 93. Il venditore che fa uso del patto
» di ricompra dee rimborsare non solo il prez-
» zo capitale, ma ancora le spese legittime
» fatte per la vendita, per le riparazioni ne-
» cessarie, e quelle altresì che abbiano au-
» mentato il valore del fondo, sino alla con-
» correnza di tale aumento. Non può rien-
» trare in possesso se non dopo di aver sod-
» disfatto a tutte queste obbligazioni.

» Quando il venditore rientra nel possesso
» del fondo in virtù del patto di ricompra,
» lo riprende esente da tutti i pesi ed ipote-
» che di cui il compratore lo avesse gravato:
» è però tenuto a mantenere gli affitti fatti
» senza frode dal compratore. *Art.* 1519.
» *Leg. civ.*

» In quella stessa guisa, dice Maleville, che il venditore dee tener conto di tutte le ristaurazioni che hanno accresciuto il valore della cosa, il compratore dee rispondere di tutte le deteriorazioni accadute per colpa sua: Pothier n. 400.

» Il medesimo autore decide che il compratore può ritenere il tesoro ch'egli avesse trovato nel fondo, come godere le accessioni che fossero nate durante il suo godimento n. 403 404. Quest'ultima cosa non sembra così chiara, sebene Pothier cerchi non forti ragioni di dimostrarla. (*Vedi il §. 84 ove si è riportato il sentimento di Pothier, che qui è citato.*)

» Il venditore che profitta del dritto di ricompra raccoglie tutti i frutti che si trovano pendenti, allorchè egli esercita il suo dritto, o li divide per rata col compratore? Questa questione in cui si trovano discordi i giurisperiti, e le consuetudini avrebbe dovuto essere positivamente decisa dal codice. Si consulti Pothier del n. 405 sino al 411, e si lasci in disparte Rousseaud che si contraddice da se stesso. Io tengo che l'opinione di coloro i quali non ammettono la divisione, sia la più semplice, e la più giusta. Prima di tutto tronca tutte le difficultà che ordinariamente scaturiscono da una divisione. *Communia parit jurgia.* In seguito è da considerarsi, che il compratore cessa in virtù della stipulazione di essere proprietario tostocchè il venditore esercita la sua azione, e gli offre il rimborso. Finalmente si dee notare che questo compratore è pienamente risarcito degl'interessi che gli si pagano per l'anno in cui ha luogo la ricompra.

» Nulla importa che il codice nell'articolo 1571 (1384) abbia prescritta la divisione pei frutti degl'immobili dotali nello scioglimento del matrimonio; poichè fra un caso e l'altro non vi è parità. Gli era forza dare al

marito o a suoi eredi una porzione dei frutti per ischivare l'imbarazzo di valutare la spesa da lui fatta *ad sustinenda onera matrimonii*.

» Il venditore può cedere ad un terzo l'azione di ricompra? Pothier n. 398 decide di sì, e siegue in ciò il sentimento di Fachineo e Tiraquello. I creditori del venditore possono invece sua esercitare quest'azione? Noi avevamo deciso il contrario nell'articolo 95 del nostro progetto, titolo della *vendita*. Il tribunale di appello di Bordeaux ha osservato, che se il venditore non avesse alcun altro fondo, sarebbe ingiusto di togliere ai creditori la speranza di risarcirsi esercitando l'azione della ricompra. Questo articolo non è stato presentato dalla Sezione di legislazione, ma ella fu del medesimo parere.

» Sembrami giusta la osservazione del tribunale di Bordeaux. I creditori hanno il dritto di esercitare tutte le azioni del loro debitore, che non sono esclusivamente attaccate alla sua sola persona. Or dice benissimo Pothier: la facoltà della ricompra non è attaccata alla persona del venditore: ella forma parte de'suoi beni. *Malerille. Osservaz. all'art.* 1673. *del cod. civ.*

» Il venditore, dice Pothier, che fa uso del diritto di ricompra è anche dal suo canto tenuto a certi doveri verso il compratore o i suoi successori, contro i quali la domanda.

» Primieramente egli dee restituire al compratore il prezzo pel quale è stato venduto il podere, o ritenerlo esonerato, se non è stato ancora pagato.

» Quando le parti non si fossero spiegate colla clausola di ricompra, alcuni antichi dottori, il cui sentimento vien riferito da Zoanetti, *tratt. de empt. vend. sub pact. de retrov. n.* 111, avevano pensato che il prezzo che doveva pagarsi a quegli contro cui ha luogo la ricompra, fosse quello che valeva la cosa al tempo della ricompra, piuttosto che quello pel quale la cosa era stata venduta. Il fondamento della loro opinione era che essi consideravano la ricompra come una nuova vendita, e quella clausola come una semplice promessa di vendere. Ora, dicevano essi, quando alcuno si è obbligato a vendere qualche cosa ad altri in un determinato tempo, senza spiegarsi sul prezzo, si considera essersi obbligato a venderla al prezzo che la cosa vale quando si effettua la vendita, e non al prezzo che valeva all'epoca della promessa. Con ragione è stato rigettato cotale sentimento ch'era basato sopra un falso principio. La ricompra non è propriamente una nuova vendita che fa il compratore al venditore, ma un semplice scioglimento della vendita che è stata fatta. La clausola di ricompera è una clausola risolutiva sotto la quale venne fatta la vendita, e colla quale si è convenuto che sarebbe in facoltà del venditore di annullare il contratto: La ricompra è *distractus potius quam novus contractus*, e ciascuno in conseguenza deve riprendere dall'una e dall'altra parte ciò che ha dato. Questo principio che la ricompra è piuttosto *distractus quam novus contractus* è incontrastabile nel nostro diritto francesse. È in conseguenza di siffatto principio che si decide non esser dovuto un nuovo profitto di vendita per la ricompra, la quale però lo dovrebbe produrre, se contenesse una nuova vendita. Lo statuto di Poitou, *art.* 370, decide formalmente che il prezzo del contratto è quello che deve essere restituito, quando il venditore usa del beneficio di ricompra.

» Quando la facoltà della ricompra sia stata accordata al venditore mediante una convenzione posteriore alla vendita, dev'egli aver luogo la stessa decisione? Quantunque tal caso sia differente dal primo e che la ricompra che ha effetto in virtù di detta nuova convenzione, non sia un *distractus* ma un nuovo contratto di vendita, che dà luogo ad un nuovo profitto; nondimeno io penso che debba essere restituito il prezzo pel quale è stata venduta la cosa, e non quello che essa vale al tempo della ricompra. È vero che nel caso di una promessa di vendere assoluta, e che non abbia relazione con un antecedente contratto, quando le parti non si sono spiegate colla promessa di vendere, il prezzo dev' esser quello che vale la cosa al tempo in cui segue la vendita, e non quello che valeva al tempo della promessa. In detto caso però la convenzione che interviene tra il venditore ed il compratore mediante la quale si conviene che il venditore potrà recuperare il podere, è una convenzione che ha una relazione evidente col contratto di vendita seguito tra le parti; e

questa relazione deve far presumere che la loro intenzione è stata che la rivendita che il compratore si obbligava a fare verso al venditore quando lo richiederebbe, si farebbe alle stesse condizioni della prima vendita, cui si riferisce detta condizione.

» Colla clausola di ricompra si può egli convenire che il venditore, allorchè domanderà la ricompra pagherà una determinata somma maggiore di quella per la quale è stato venduto il podere? Cotale convenzione per se non ha niente d'illecito: non essendo dovuta al venditore la facoltà della ricompra per la natura del contratto di vendita, si può benissimo fare che la comperi, ed ancorchè la somma ch'ei deve pagare esercitando la ricompra al di là di quella per la quale fu venduto il podere, fosse eccessiva, anche in tal caso la convenzione non gli recherebbe alcun pregiudizio. Egli non può dolersene, poichè è padrone di non pagare cotale somma, non facendo uso della ricompra e non esercitandola: è nello stato medesimo come se non gli fosse mai stata accordata cotale facoltà, che per la natura del contratto non era il compratore obbligato ad accordargli.

» *Viceversa*, si può convenire che il venditore potrà ricomprare per una somma minore di quella per la quale è stato venduto il fondo. Cotale clausola contiene una beneficenza ed una liberalità che usa il compratore verso il venditore; ed essa non ha nulla d'illecito, purchè il venditore sia una persona a cui le leggi non proibiscono che il compratore faccia donazione.

» Rispetto al prezzo ci resta ad osservare, che questo può essere restituito in una valuta differente da quella nella quale esso è stato pagato; se è stato pagato in oro al venditore, questi può restituirlo in valuta d'argento, e *viceversa*. Similmente, quantunque dopo il pagamento fatto al venditore, abbiano subito un aumento o una diminuzione le specie nelle quali venne eseguito il pagamento; quantunque esse sieno state discreditate, e che al tempo della ricompra ve ne siano delle nuove di migliore o di più cattiva lega, il venditore che procede per la ricompra deve restituire nelle specie che sono in corso al tempo nel quale esercita la sua azione, la stessa somma o quantità che ha ricevuta in pagamento, e niente più nè meno.

» Ed a ragione, perciocchè nel danaro non sono le specie quelle che si considerano, ma specialmente la somma o il valore che il sovrano ha voluto che esse rappresentassero; *Ea materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate L. 1. ff. de contr. empt.* Quando fu pagato il prezzo al venditore, non sono tanto le specie che si considera avere egli ricevute, quanto la somma ed il valore rappresentato da esse, e per conseguenza egli deve restituire, e basta che restituisca la stessa somma e valore, in valute che siano in corso, e che siano i segni autorizzati dal principe per rappresentare detto valore. Cotale principio essendo incontrastabile nella nostra pratica francese, basta di averlo esposto; egli scioglie tutte le questioni che fanno i dottori sopra il cambiamento delle monete.

» Il venditore rende il prezzo senza alcun interesse: il compratore non tenendo conto dei frutti da esso percepiti, non è giusto che il venditore tenga conto degl'interessi; questi si compensano coi frutti.

» *Quid*, se il compratore offerisce di tener conto de' frutti? Nemmeno in questo caso ei sarebbe ammesso a domandare gl' interessi. *Decreto del* 10 *agosto* 1626, *citato da Leprestre*. Conciossiachè non operando la ricompra lo scioglimento del contratto se non rispetto all'avvenire, siccome il compratore ha avuto diritto fino allora di godere il fondo, il venditore ha avuto il diritto di goderne il prezzo; e conseguentemente non si possono domandare ad esso gl' interessi. Se i frutti fossero stati abbondanti, e che avessero sorpassati gl' interessi del prezzo, il compratore avrebbe avuto questo prezzo; egli deve soffrirne la perdita se essi sono minori.

» Quando il compratore non abbia percepiti i frutti dell' anno in cui ha luogo l' azione di ricompra perchè si sono trovati pendenti, il venditore che ha avuti questi frutti, deve tener conto dell'interesse del prezzo per detto anno; diversamente egli avrebbe contemporaneamente il godimento della cosa, e quello del prezzo, la qual cosa non è permessa dall' equità. È questo il sentimento del nuovo commentatore dello statuto della Rochelle.

» Quando col contratto di vendita, oltre il prezzo sia stato imposto al compratore qualche peso che fu da esso soddisfatto, il venditore che ricompra deve restituire al compratore, oltre il prezzo, la somma cui verrà stimato ammontare detto peso. Per es. se io vi ho venduto colla facoltà di ricomprare una cosa per una certa somma, e col patto che voi copiereste un tale manoscritto; allorchè io intenterò l'azione di ricompra sarò obbligato a restituirvi oltre il prezzo convenuto nel contratto, la somma cui si stimerà ammontare il prezzo della copia che voi mi avete fatta; perchè il mentovato obbligo che vi è stato imposto col contratto e che voi adempiste, forma parte del prezzo.

» Il venditore che esercita la ricompra dee inoltre rimborsare al compratore tutto ciò che questi ha pagato a titolo di mancia, o spille, alla moglie, ai figli, ai domestici del venditore, quando detti doni siano stati stipulati nel contratto; perchè ciò fa parte del prezzo.

» Egli deve del pari rimborsare al compratore tutte le spese legittime fatte pel suo acquisto, come sono le spese del contratto di vendita, i profitti di dominio, e generalmente tutto ciò che è costato al compratore per conseguirne l'acquisto; avvegnachè il diritto di ricompra non essendo dovuto al compratore per la natura del contratto, ed essendo perciò denominato da molti statuti, *grazia di ricompra*, il compratore che accorda questa facoltà al venditore per fargli piacere, si considera accordarla colla condizione che sarà conservato indenne.

» In fine il venditore che ricompra dee rimborsare al compratore le spese necessarie, a riserva di quelle di semplice manutenzione; poichè queste sono dei pesi inerenti al godimento, i quali devon essere sostenuti dal compratore che ha avuto tale godimento.

» Rispetto alle spese utili e non necessarie, alcuni statuti i quali hanno trattato del dritto di ricompra, han fatto a questo proposito una distinzione fra il caso nel quale la ricompra è accordata per un anno solo, ed il caso in cui viene accordata per più anni. Nel primo caso tali statuti negano il rimborso di tali spese, egualmente che nel caso di recupera di famiglia; ma lo accordano nel secondo caso; *Angoumois*, 79. *Poitou*, 371. Cotale distinzione è molto equa, e sembra dover essere osservata nei paesi regolati dagli statuti i quali non si sono spiegati. Un compratore non soffre un gran pregiudizio dall'esser impedito di migliorare un podere durante il breve spazio di un anno; egli però soggiacerebbe ad un pregiudizio troppo grande, e sarebbe anche una cosa contraria al pubblico interesse, se ne venisse impedito per lungo tempo. In tal caso è dunque equo che il venditore gli rimborsi l'importo delle spese le quali, quantunque non necessarie, erano almeno utili, ed hanno reso più prezioso il fondo. Non deve però rimborsarle che fino alla concorrenza di ciò che il podere si trova valere di più. Qualche volta è anche sufficiente, quando esse sieno troppo considerevoli, che il venditore permetta al compratore di trasportarle, se ciò può farsi. Rispetto a quelle che sono puramente voluttuose, non può il compratore esigerne il rimborso, ma ha semplicemente la facoltà di levarle, quando ciò sia eseguibile.

» Quando l'azione di ricompra venga intentata contro un terzo detentore, il venditore è tenuto verso detto terzo alle stesse prestazioni cui sarebbe obbligato se la dimanda di ricompra fosse promossa contro il compratore. Onde se io vi ho venduto il podere colla facoltà della ricompra, e che voi l'abbiate rivenduto ad un terzo per un prezzo più caro, io non sarò obbligato di rimborsare a questo terzo se non il prezzo pel quale ve l'ho venduto; atteso che col vostro fatto voi non avete potuto rendere più onerosa la condizione del mio diritto di ricompra, rivendendo il podere: *Nemo ex alterius facto praegravari debet.*

» *Viceversa*, se il detto terzo ha acquistato il podere per un prezzo minore di quello pel quale io ve l'ho venduto, io non lascerò di esser tenuto a rendergli il prezzo intero pel quale io ve l'ho venduto; conciossiachè, vendendogli il fondo, si considera avergli voi venduti tutti i diritti che avevate rispetto a detto podere, che possono tendere a ritenere il possesso, e per conseguenza evvi pure quello di ripetere da me l'intiero prezzo in caso di ricompra.

» Quando il compratore, dietro l'azione di ricompra sia stato condannato a rilasciare

il podere al venditore, non può questi costringere il compratore a rilasciarlo se prima non sia rimborsato del prezzo e delle spese legali le quali sono liquide. Se il compratore ricusa di ricevere bisogna che il venditore gliene faccia le offerte mediante una citazione, e che ottenga una sentenza che le dichiari valide e che permetta di farne deposito. Solo dopo tale sentenza ed il deposito fatto, debitamente intimati, il venditore può costringere il compratore a rilasciargli il podere.

» Rispetto alle spese legittime che non sono liquide, il venditore non è obbligato ad aspettare che sia seguita la liquidazione, per farsi rilasciare il fondo.

» Non vi è alcun termine perentorio entro il quale sia stato tenuto il venditore a soddisfare alle prestazioni cui è obbligato. Egli è sempre in tempo, fino a che sia stato dichiarato decaduto in forza di una sentenza, per aver mancato di soddisfarvi; egli deve soltanto il rimborso delle spese per gli atti intentati contro di lui dal compratore. *Pothier. Trat. del contr. di Vendita Vol.* 2. *n.* 411 *a* 427.

Della rescissione della vendita per causa di lesione.

» §. 94. Se il venditore sia stato leso oltre la metà nel prezzo di un immobile,
» ha il dritto di chiedere la rescissione della vendita, quando anche nel contratto
» avesse rinunziato espressamente alla facoltà
» di domandare una tale rescissione, ed a-
» vesse dichiarato di donare il di più del
» valore. *Art.* 1520. *Leg. civ.*

È uniforme il rescritto degl'imperatori Diocleziano, e Massimiano.

» Rem majoris pretii sic tu, vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel precium te restituente emptoribus fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente; vel si emptor elegerit quod deest justo precio, recipias. Minus autem precium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. *L.* 2. *Cod. de rescind. vend.*

Casus. Si rem quae centum valebat pro quadraginta vendidi, an rescindere possis venditionem, quaeritur? Respondetur quod de rigore juris, non de aequitate sic; refuso pretio quod a te accepi; ita tamen ut emptor eligat, velit solvere justum pretium, et habere rem, vel rem restituere refuso sibi pretio quod dedit. Quod quando sit minus precium, in fine dicit, illud scilicet quod est minus dimidia justi precii. »

Il consigliere di stato Portalis in esporre i motivi della legge sulla vendita, ragiona estesamente su la rescissione di questo contratto, quando il venditore fosse leso nel prezzo. Egli dice.

» Gli autori i quali attaccano l'azione rescissoria per causa di lesione nella sua sorgente, pretendono che il contratto fa tutto; che gli uomini esser non devono ammessi a risorgere contro il fatto proprio; che il valor delle cose varia da un momento all' altro; che questo sovente è relativo alla situazione ed alla convenienza delle persone che comprano e vendono; che è impossibile di avere una misura fissa e comune; che sarebbe in conseguenza irragionevole di supporre e cercare un giusto prezzo diverso da quello convenuto tra i contraenti.

» Non piaccia a Dio che noi volessimo indebolire il rispetto dovuto alla fede dei contratti! Vi sono però delle regole di giustizia antecedenti ai contratti stessi, e dai quali i contratti ripetono la di loro principale forza. Le idee del giusto e dell' ingiusto non sono il risultato solo delle umane convenzioni: elleno le han precedute, e devono dirigerne i patti. Da qui i giureconsulti romani, e dopo di essi tutte le nazioni colte, han fondata la civile legislazione dei contratti sulle regole immutabili dell' equità naturale.

» Or quali sono mai queste regole?

» Cittadini legislatori, voi le avete già consagrate coi vostri suffragj.

» Voi avete proclamata la massima, che niuna obbligazione esister può senza causa, e senza causa ragionevole e proporzionata. Quale dunque è il senso, qual' è l' applicazione di questa massima?

» Distinguiamo i contratti di beneficenza dai contratti d'interesse. Per la validità degli uni e degli altri, è necessaria senza dubbio la causa; poichè la necessità della stessa si adatta indefinitamente a tutte le obbligazioni, a tutti i contratti.

» Per quanto riguarda i contratti di beneficenza la causa si trova sufficientemente nel sentimento che li produce. Non si è voluto privar gli uomini del dolce commercio dei beneficj.

» Si può esaminare, relativamente a questa specie di contratti, se la causa è contraria ai buoni costumi, se è lecita o se non lo è; ma non si può mai produrre l'eccezione della mancanza di causa, poichè la causa di un atto di beneficenza trovasi nella beneficenza istessa.

» Diverso è per i contratti d'interessi. La causa dei medesimi è secondo i giureconsulti, l'interesse o il vantaggio, il quale è il motivo: è come la ragione dell'obbligo.

» Restava dunque da esaminare se questo interesse o questo vantaggio sia reale o imaginario, se sia proporzionato, cioè se vi sia un equilibrio ragionevole tra quanto si dà e si riceve.

» In un contratto di vendita, la causa dell'obbligazione è, pel venditore, di permutare una cosa qualunque col danaro, e per l'acquirente di permutare il suo danaro colla cosa che gli si trasferisce; questo contratto è stato annoverato nella classe dei contratti commutativi. Si definisce, quello per mezzo del quale si dà una cosa per ricevere l'equivalente.

» Da qui nasce il principio, che non può esister vendita propriamente detta senza la stipula di un prezzo; e poichè questo esser deve l'equivalente della cosa venduta, convien che corrisponda al valore della medesima: se vi è lesione, cioè se non vi è equilibrio tra la cosa, ed il prezzo, il contratto si trova senza causa, ed almeno senza una causa ragionevole e sufficiente riguardo alla parte.

» Quindi l'azione rescissoria per causa di lesione ha il suo fondamento nelle massime comuni a tutti i contratti: è una conseguenza immediata, necessaria della natura particolare del contratto di vendita.

» Tutto ciò è eccellente in teoria, si dice, ma come mai conoscere nella pratica che il prezzo stipulato nell'atto di vendita è equivalente alla cosa venduta? Si può avere una misura conosciuta e fissa? La situazione rispettiva delle parti, la di loro convenienza non richiederebbero una misura particolare per ciascuna ipotesi, per ogni contratto? Perchè dunque la convenzione non sarebbe l'unica legge delle parti, essendo lo più sicuro, e l'unico garante del di loro desiderio e loro scambievoli bisogni?

» La risposta a queste objezioni richiede un certo sviluppo.

» In generale, il valore di ciascuna cosa non è che la estimazione del suo utile.

» Si chiama prezzo la porzione o la somma di danaro, la quale, paragonata a questo valore, è a lui riputata equivalente.

» Si è sempre distinto il giusto prezzo convenzionale; si è avuta ragione; poichè il prezzo convenzionale dal giusto spesso differisce.

» Il convenzionale non esiste che col fatto della convenzione; non può essere usurpato nei rapporti singolari che avvicinano i contraenti. Il giusto prezzo è determinato dai rapporti più estesi i quali non dipendono unicamente dalla situazione particolare nella quale due contraenti possono accidentalmente trovarsi.

» Il prezzo convenzionale non è che l'opera delle volontà private che sono concorse a stabilirlo. Il giusto è la conseguenza della opinione comune.

» Noi viviamo in società. Tutto ciò che forma la proprietà tra gli uomini riuniti nella stessa patria, nella stessa città, non è tutto insieme in commercio. I metalli e le monete che sono i segni del valor delle cose non circolano sempre nella quantità istessa; il concorso de' venditori, e de' compratori non è costantemente eguale: tutto ciò dipende dalla situazione e dai bisogni varii di coloro che si presentano per vendere o per comprare. È vero nulladimeno che la situazione ed i bisogni di tutti i venditori e compratori, o della maggior parte, differicono poco se si considerano le cose e gli uomini nello stesso luogo, tempo e circostanze: ora da questa specie di uniformità di situazione di bisogni si forma dalla pubblica opinione una specie di prezzo comune o corrente che dà agli oggetti mobili, o immobili un valore presso a poco certo finchè le medesime circostanze sussistono. Da qui nasce che si vede giornalmente il prezzo delle mercanzie e dei stabili annunziato ne' fogli periodici delle nostre città principali.

» Vi è dunqne per ciascuna cosa un giusto prezzo distinto ed indipendente dal convenzionale. Questo può allontanarsi; ed in fatti si allontana dal giusto prezzo quando la cupidigia da una parte e la necessità dall'altra, diventano la sola bilancia dei patti e delle convenzioni stabilite tra le parti che trattano insieme.

» Si riconosce benissimo un giusto prezzo indipendente dal convenzionale, poichè si paragonano entrambi giornalmeute per sapere se un contratto di vendita ne abbia veramente i caratteri e la natura. Quindi si giudica dalla viltà del prezzo stipulato in un atto, che sia una donazione mascherata. Si giudica ancora dalla viltà del prezzo, che sotto di una vendita fatta colla facoltà di ricomprare, si è voluto nascondere un contratto anticretico. Finalmente dalla viltà del prezzo si scopre se l'abbandono di uno stabile sotto la condizione di una vendita vitalizia presenti un contratto oneroso o una pura liberalità.

» Or se le leggi presuppongono l'esistenza di un prezzo giusto indipendente dal convenzionale, quando si tratta di pronunziare sulle quistioni da noi descritte, come si potrebbe non ravvisare questo prezzo se si tratta di lesione? La lesione non è una ingiustizia inconciliabile con i principj di equità e di reciprocanza che l'anima esser devono di tutti i contratti? Non abbiamo noi dimostrato che urta l'essenza istessa del contratto di vendita? Perchè dunque si vorrebbe rinunziare alla speranza di scoprirla e di farla riparare?

» La lesione in se stessa è odiosa ed illecita. Già l'azione rescissoria per causa di lesione è ammessa, nel nostro codice civile, come un mezzo legale di restituire i minori, e la legge dichiara, che non sono restituiti come minori, ma come lesi: *non tanquam minor, sed tanquam laesus.*

» Quando voi avete adottata la parte del codice che riguarda le successioni, avete decretato, cittadini legislatori, che la lesione del terzo al quarto basta per far rescindere un atto di divisione stipulata tra i maggiori.

» Ammettendo nel progetto di legge, che oggi vi è sottomesso, la lesione come mezzo di rescissione contro il contratto di vendita, noi non abbiamo fatto che applicare a questo contratto un principio recentemente e solennemente consacrato dai vostri suffragj.

» I partigiani del sistema contrario a quello del progetto di legge osservano che ci sia una grandissima differenza tra un atto di divisione ed un contratto di vendita: che quella esigge una eguaglianza più perfetta tra le parti; che in questa specie di atto, ciascuno deve esattamente appropriarsi quanto gli appartiene, mentre in un contratto di vendita i contraenti si abbandonano in qualche maniera alle speculazioni puramente volontarie, determinate dal bisogno o dalla convenienza del momento; d'onde si conchiude che i maggiori i quali sono arbitri della di loro fortuna, e che devono sapere quanto fanno, sono poco da ammettersi a querelarsi di esser lesi. Si aggiunge che se l'azione rescissoria per causa di lesione poteva essere ammessa in materia di vendita, accaderebbe spesso che si verrebbe al soccorso di un venditore il quale, dopo di aversi procurato col suo contratto un soccorso al quale sarebbe risponsabile del ristabilimento de'suoi affari, non temesse di ritornare in seguito contro il suo proprio fatto, e burlarsi della fede delle sue obbligazioni. Dippiù, le proprietà, si dice, sarebbero troppo incerte; nulla vi sarebbe di stabile nel commercio della vita. L'interesse pubblico, la sicurezza dei contratti e dei patrimonj richiedono dunque che una vendita non possa essere rescissa per causa di lesione.

» Queste objezioni sono visibilmente dettate dallo spirito di sistema, il quale non considera le cose con una data estenzione, e che, nelle sue osservazioni, si gitta ordinariamente da una parte sola perdendo di mira tutte le altre.

» Conveniamo che vi sia differenza tra un atto di divisione ed un contratto di vendita: bisogna una eguaglianza più perfetta tra coloro che dividono che tra quelli i quali comprano e vendono; ma questa differenza è stata sempre ravvisata. Le leggi le quali hanno ammessa l'azione rescissoria negli atti di divisione e nei contratti di vendita non hanno richiesto che una lesione del terzo al quarto per far rescindere un contratto di vendita. Senza dubbio, osservar conviene l'eguaglianza negli atti di divisione: ma vi è un sol contratto nel quale è

permesso di non conservare la buona fede o di non osservare la giustizia?

» Non si cessa di ripetere che i contratti di vendita non sono se non speculazioni determinate dal bisogno o dalla convenienza. Spieghiamoci una volta per sempre su di questo punto. Noi l'abbiamo già detto: in materia di vendita si chiama in generale bisogno o convenienza del venditore il bisogno ordinario che ogni venditore ha di vendere per avere una somma la quale più gli convenga della sua mercanzia o del suo stabile. Si chiama bisogno di convenienza del compratore il bisogno che ogni compratore ha di comprare, per avere uno stabile o una mercanzia la quale più gli convenga del suo denaro.

» Il desiderio smodato di arricchirsi a spese altrui non sarebbe un bisogno nè una convenienza legittima per alcuno.

» È senza dubbio cosa naturale che si voglia vendere a caro prezzo e si voglia comprare a buon mercato: questo è quello che, le leggi civili di tutte le nazioni riconoscono quando dichiarano permesso, fino ad un certo punto, ad un venditore ad un compratore d'ingannarsi scambievolmente: *se se invicem circumvenire*, per ritrarre il miglior partito possibile dalla lor posizione rispettiva. Non conviene però estender tropp' oltre questa specie di permesso e di tolleranza.

» Il giusto prezzo delle cose non risiede in un punto indivisibile: deve presentarsi a noi con una certa latitudine morale: due cose, quantunque della stessa specie, non sono mai assolutamente nè matematicamente simili. Il vantaggio che si può ricavare dalle stesse cose non è mai esattamente lo stesso per ogni venditore o compratore: sarebbe dunque impossibile per lo stabilimento del giusto prezzo di partire da una regola assoluta ed inflessibile, in tutti i casi: ma se si vuol stabilire il regno della giustizia non conviene allontanarsi considerevolmente da questo prezzo comune regolato dall'opinione che si chiama il giusto prezzo, perchè è il risultato equo e indeliberato di tutte le volontà e di tutti gl'interessi.

» La lesione risulta dalla differenza che esiste tra il prezzo comune o il giusto prezzo, ed il prezzo convenzionale.

» Ogni lesione praticata con scienza è un atto d'ingiustizia agli occhi della morale; ma non saprebbe essere un mezzo di restituzione agli occhi della legge. La virtù è l'oggetto della sua morale. La legge ha per oggetto più la pace che la virtù. Se la menoma lesione sarà sufficiente per risolvere la vendita tra gli uomini, tante saran le liti quanti gli acquisti. Le leggi romane avean creduto dover chiudere gli occhi su di alcuni particolari inconvenienti, e prendere una via di mezzo fra le regole di una giustizia troppo esatta e le speculazioni odiose della umana avarizia. Queste leggi avevano in conseguenza abbandonato alla libertà del commercio tutto lo spazio che esiste fra il giusto prezzo e la lesione di oltre la metà del detto giusto prezzo; spazio nel quale il compratore ed il venditore hanno la facoltà di circonvenirsi. Nel nuovo progetto di legge, noi andiamo più oltre dei romani legislatori: esigiamo che la lesione ecceda i sette duodecimi del giusto prezzo; e bisogna convenire che quando una lesione enorme tanto è provata, non potrebbe esser tollerata senza rinunziare ad ogni giustizia naturale e civile.

» Poco importa di osservare che dar si possono delle ipotesi in cui un venditore il quale non avrebbe risorsa alcuna se non vendesse, trova nel modico prezzo che gli si presenta un soccorso sufficiente per cominciare la sua fortuna o ristabilirla.

» Son queste straordinarie circostanze su le quali stabilir non si saprebbe un piano di legislazione. Sovente un acquirente avido abusa della miseria e della infelice situazione del suo venditore per ottenere a vil prezzo una proprietà estorta, per così dire, al dispiacere ed alla infelicità.

» Aggiungeremo che per giudicare se un contratto è lesivo o no, paragonar bisogna il prezzo con la cosa, e non colle circostanze accidentali e fortuite, le quali non fanno parti del prezzo. La vendita non è ordinariamente un contratto aleatorio; non lo diviene che quando ha di mira cose incerte, ed allora l'azione rescissoria per causa di lesione non ha luogo; ma quante volte una vendita riguarda una cosa determinata sarebbe assurdo che in luogo di giudicare del prezzo stipu-

lato pel valore della cosa venduta, si ammettesse a produrre eccezioni per circostanze singolari e straordinarie, le di cui conseguenze sono incerte ed assolutamente estranee al contratto.

» Si sostiene che i maggiori saper debbono ciò che fanno, che non debba presumersi di essere stati lesi, e che non debbono in conseguenza insorgere contro la fede delle di loro convenzioni sotto pretesto di lesione.

» Se dar si volesse retta a questa objezione si direbbe che i maggiori esser non debbono mai ascoltati quando si dolgono. Abbiam veduto intanto che nel codice civile sono ascoltati, anche per causa di lesione, quando si dolgono della ineguaglianza che è intervenuta in un atto di divisione.

» In tutti i contratti, il dolo, l'errore, un timore grave, sono per la disposizione precisa delle nostre leggi, dei mezzi legittimi e sufficienti per far restituire i maggiori. Or, la lesione, come vien dal progetto di legge fissata, perchè possa divenire un mezzo di rescissione, non equivale forse al dolo? I giureconsulti romani chiamano la lesione *ultra dimidium* un dolo reale, *dolum re ipsa*; cioè un dolo provato non con semplici presunzioni ma colla cosa istessa.

» I nostri giureconsulti francesi non han tenuto un linguaggio diverso. Dumoulin, parlando di quello, che è leso oltre la metà del giusto prezzo dice che possa riguardarsi, e che si deve col fatto solo di una tale lesione, come ingannato *deceptus ultra dimidiam partem.*

» In varj testi del dritto la lesione oltre la metà è presentata più tosto come una frode che come una semplice lesione. *Non laesio, sed potius deceptio.*

» Sotto questo stesso punto di veduta è stata presentata da sei o sette nostre antiche consuetudini, le quali in luogo di servirsi della semplice parola di lesione, hanno impiegato quella d' inganno oltre la metà.

» Sarebbe dunque evidentemente autorizzato il dolo e la frode negando l'azione rescissoria nei casi di una lesione considerevole tanto, quanto quella che viene enunciata nel progetto di legge [illegible] ale è maggiore di quella oltre la met[illegible]

» Dippiù perchè mai il dolo, l'errore, ed il timore sono mezzi di restituzione per i maggiori stessi? Fra le altre ragioni, perchè si presume che intervenga un vero consenso per parte di colui che s'inganna o che viene ingannato, *errantis aut daecepti nullus est consensus*, Si può dire che colui il quale è enormemente leso avrebbe consentito al contratto se avesse conosciuto la lesione, o se fosse stato in una situazione libera tanto da non soffrirla?

» Quali sono gli effetti ordinarj del dolo, dell' errore e del timore? In ultima analisi questi effetti riguardano una lesione che le leggi vogliono prevenire o riparare, proteggendo i cittadini contro le diverse specie di sorpresa che possono essere praticate a loro riguardo. Come dunque, in qualunque ipotesi, potrebbero le leggi vedere con indifferenza un cittadino leso al di là di tutti i limiti ed in modo che si rileva ad evidenza la frode o l'errore? L'età maggiore del contraente leso impedisce che si assicuri a questo contraente l'azione redibitoria per i vizj occulti della cosa venduta, una indennità ragionevole per le servitù non apparenti che gli saranno dissimulati, o di sopra, o al di sotto di quella annunziata nel contratto di vendita? Non si viene al soccorso di un maggiore in tutti questi casi? come dunque si potrebbe pensare un maggiore il quale soffre una lesione maggiore di quella oltre la metà non abbia alcun dritto alla vigilanza ed alla attenzione delle leggi? Vi sarebbe forse della gelosia a riparare più un male minore che un maggiore?

» Noi supponiamo che in generale i maggiori si presume di aver tutta l' esperienza conveniente per invigilare ai loro proprj interessi. La ragione però in ciascun' uomo segue sempre i progressi dell' età? Oggi si è maggiore negli anni ventuno. Noi abbiamo superato il termine stabilito su tal proposito dalla nostra antica legislazione. Si crede che un giovine di ventuno anni nell' istante metafisico in cui la legge dichiara la sua età maggiore sia tutto ciò che deve divenire un giorno per la continua amministrazione degli affari e la esperienza del mondo? Alcuni maggiori possono essere assenti, sono allora obbli-

gati di confidarsi ad un procuratore. Altri son vecchi o infermi: si può abusare della loro imbecillità per sorprendere la di loro buona fede.

» Ve n'ha di quelli che possono essere agitati da qualche passione, e dai quali estorquer si possono degli altri, i quali secondo il linguaggio de' giureconsulti, sono figli della demenza, *quasi non sanae mentis*. Non conviene forse protegger gli uomini non solo contro gli altri, ma anche contro se stessi?

» Ogni maggiore, chiunque egli sia, che provi un danno grave non è autorizzato a domandare la riparazione? Non è questo nel voto della natura ed in quello di tutte le leggi?

» Ma, si dice, se si accorda ai maggiori l'azione rescissoria per causa di lesione; tutte le proprietà saranno incerte, non vi sarà più sicurezza nel commercio della vita.

» Risponderemo da principio che questa objezione nulla prova, perchè prova troppo. Imperocchè accordandogli tutta la estensione di cui sarebbe capace, proscriver converrebbe tutte le azioni di nullità, tutte quelle che potrebbero essere fondate sul dolo, sull'errore, sul timore, sulla violenza; sarebbe conveniente escludere generalmente tutti i mezzi coi quali si può annullare un contratto di vendita perchè tutti questi tendono a rendere la proprietà più o meno incerta nelle mani dell'acquirente.

» In secondo luogo il progetto di legge, ammettendo l'azione rescissosia per causa di lesione non l'ha ammessa che nelle vendite di stabili. Dichiara che la vendita de' mobili non soffre quest'azione. Si comprende che le frequenti mutazioni di luogo degli effetti mobili, e la estrema variazione del prezzo dei medesimi renderebbero impossibile un sistema rescissorio per causa di lesione nella compra e vendita di simili oggetti menochè non si volesse gittare una universal confusione in tutte le relazioni commerciali, e fermar non si volesse il corso alle giornaliere operazioni della vita. In queste materie bisogna far caso più della pubblica libertà del commercio, che dell'interesse particolare di qualche cittadino. È diverso riguardo ai stabili. Il di loro prezzo è più costante, e la di loro circolazione è certamente meno rapida. Alcuni stabili appartengono lungo tempo allo stesso proprietario, non ne sortono che per l'ordine delle successioni. Quante famiglie nelle quali le diverse generazioni si dividono per un'epoca bene estesa il patrimonio medesimo? Si può dunque e si deve, trattandosi di stabili, mostrarsi più occupato a riparare la lesione o l'ingiustizia che può soffrire un cittadino che a proteggere la cupidigia altrui. *Esposizione de' motivi sul codice civile n.° 70.*

La suprema corte di giustizia professò la giurisprudenza, che per pronunciarsi l'azione di lesione nei contratti di vendita dee valutarsi l'insieme, e 'l complesso del prezzo dato alla cosa venduta, e non già il valore delle parti, che compongono la cosa stessa; e che rilevata, ed ammessa la lesione, emerge di dritto la scelta al compratore o di pagare il supplimento del giusto prezzo cogl' interessi corrispondenti dal giorno della compra, o di rilasciare la cosa comprata. Decisione de' 9 novembre 1822.

» *Fatto.* Con atto autentico de' 12 maggio 1791 D. Teresa Parisi vendè al suo zio D. Pasquale Festa metà di una masseria sopra terre di regia corte nel Tavoliere di Puglia detta *Ruotella*, e gli cedè la metà delle terre suddette, sulle quali esisteva la detta masseria, precedente apprezzo di periti eletti di comune consenso, i quali dettero il prezzo parziale agli animali, agli ordigni addetti alla istruzione della masseria, alle moggesi, ed alle fabbriche quivi esistenti. La somma montò a ducati 9670 21/1 che si promise pagare a ducati 500 in ogni anno coll'interesse a scalare sulla parte del prezzo tuttavia ritenuta, alla ragione del 4 per 100.

» La suddetta D. Teresa nell'andare a marito col signor D. Pasquale de Nisi, ne' capitoli matrimoniali stipulati a quest'oggetto si costituì in dote il prezzo della detta masseria; e poichè a quell'atto fu presente lo sposo, questi confermò la vendita già fatta dalla stessa D. Teresa.

» Nel dì 17 luglio 1813 D. Pasquale de Nisi col carattere di padre, e tutore de' suoi figli minori, citò D. Michele Festa, figlio ed erede di D. Pasquale, avanti al tri-

bunale di Lucera per sentirsi condannare alla restituzione della metà della masseria venduta, attesa la nullità, e lesione incorsa nel contratto.

» Il tribunale con sentenza de' 30 luglio 1814 dichiarò inammissibile l'azione di revindica, ed ammissibile quella della lesione, ordinando all'oggetto delle perizie, e delle pruove. Di tal sentenza appellò in principale il signor de Nisi, ed incidentemente il signor Festa.

» L'abolita corte di appello di Napoli con decisione de' 10 gennajo 1816 rigettò l'azione di revindica e di nullità, dedotte per distruggere il contratto di vendita. Ed in rapporto all'allegata lesione, la corte cadde in parità de'voti che fu poi sciolta con altra decisione degli 11 marzo dello stesso anno con cui fu dichiarata ammissibile l'azione della lesione, e fu delegato il tribunale civile di Capitanata per la elezione di uno, o più periti, da'quali proceder si dovesse alla verifica degli oggetti relativi alla vendita anzidetta.

» In esecuzione di tal decisione furono eletti i periti, i quali eseguirono il rispettivo incarico.

» Quindi il tribunale di Lucera con sentenza de' 15 giugno 1818 dichiarò non esserci stata lesione nel contratto di vendita della metà della masseria controversa, ed assolvè D. Michele Festa dalle domande avvanzate contro di lui. Ma la gran corte civile sull'appello prodottone con decisione de' 20 dicembre 1819 condannò il suddetto D. Michele Festa a pagare ai figli minori di D. Pasquale de Nisi, e di D. Teresa Parisi a titolo di cessione la metà della masseria denominata *Ruotella* la stessa somma, che dal padre di detto signor Festa fu pagata a D. Antonietta Parisi sorella di detta D. Teresa venditrice dell'altra metà, insieme cogl'interessi al 4 per 100 dal giorno 12 maggio 1891 epoca della vendita fino all'effettiva soddisfazione. Condannò del pari lo stesso signor Festa a pagare a detti minori ducati 1984 differenza fra il prezzo del 1791, e quello del 1817 delle terre concimate, e per le moggesi, anche coll'interesse al 4 per 100 per lo periodo indicato, detratti dalla somma dovuta per cagione degl'interessi, i pesi pubblici.

» D. Michele Festa se ne dolse con ricorso nella corte suprema di giustizia. Egli dedusse 1.° Che la gran corte avendo partitamente ed isolatamente fatto cadere l'esame della lesione sù ciascuna parte delle cose componenti il fondo *Ruotella* mentre i contraenti manifestarono nell'atto stipulato all'oggetto che una sola cosa doveva cadere nel contratto, vale a dire la metà del fondo; ha in ultima analisi distrutto il contratto medesimo con violazione degli articoli 1088 e 1109 delle leggi civili: 2.° Che si era violata la *L.* 30. *ff. de usurp. et usuc.* in forza della quale deve riputarsi un corpo solo, ed una sola cosa ciò che è composto di più parti tra loro coerenti, o di più cose differenti, ma sottoposte ad un sol nome: 3.° Che si era distrutta la *L.* 2. *cod. de rescind. vend.* con cui vien disposto, che la tenuità del prezzo, che costituisce la lesione, debba esser oltre la metà del vero prezzo: 4.° Che quando anche nel contratto controverso vi fosse stata lesione, era in libertà del ricorrente, o di restituire il fondo a lui venduto, o di completarne il prezzo, e non già essere condannato assolutamente a pagare il dippiù con manifesta violazione degli articoli 1520 e 1527 delle suddette leggi civili: 5.° Finalmente che si era violato l'articolo 1528 delle stesse leggi per aver la gran corte privato il ricorrente non solo della libertà della scelta, ma condannato benanche a pagare l'interesse sulla ritenuta parte del giusto prezzo dal giorno del contratto perfezionato.

» Udito il rapporto: ec., ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per l'annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del ministero pobblico.

». Vista la decisione: visto il ricorso: viste le *L.* 29. *L.* 38. *de aedilitio edicto L.* 30. *de usurpat. et usucap. L.* 2. *et* 3. *Cod. eod. articolo* 1827 e 1821.

» La corte suprema osserva, che nella vendita di una cosa complessiva la regolarità, o lesione nel prezzo risulta dal valore totale, che le si è dato a rimpetto del suo giusto prezzo, non già del valore parziale de' varj articoli, che la compongono.

» A conoscere se uno sia il legato, o più, una la vendita, o più vendite, è d'uopo vedere se nei testamenti, e nelle stipulazioni una

sia la cosa legata, o venduta, o sieno molte; ed in questo secondo caso, se gli oggetti compresi nel testamento, o nella stipulazione s'indichino nel nome complessivo, o ciascuno nel nome proprio se *uno nomine*, come il gregge, la suppellettile, il peculio, il fondo istrutto, comunque ciascun nome comprenda più oggetti, la stipulazione, come il legato è una.

» Chi comprato una casa, disse il giureconsulto Paolo nella *L.* 23. *ff. de usurp. et usucapt.* non possiede che la cosa; dacchè se si pensi, che possegga le cose particolari, che la compongono, possiede la cosa, ch'è un assurdo opposto alla natura della cosa, ed alla intenzione del compratore.

» Attesocchè nel contratto stipulato a' 27 marzo 1791 tra D. Teresa Parisi, ed il signor Festa, già suo tutore, ella la Parisi vendette al Festa la metà della sua masseria detta *Ruotella* coi benefizj ed altro ivi esisteote. Vale a dire che la vendita fu una, cioè del fondo istrutto, al costume della ragione, ed i cespiti particolari furono partitamente indicati, e valutati per conoscere la somma del prezzo della masseria, non per formar tanti contratti, quanti erano gli articoli che la compongano.

» Dietro ciò la corte suprema osserva che a pronunziare sull'azione di lesione dedotta, ed ammessa relativamente a cotesto contratto, dovea vederlo nell'insieme, e complesso del prezzo dato alla masseria, non già nel valor dato a ciascuna delle sue parti; ed ove la gran corte scorgea iniquità nel contratto, e non era tranquilla nel giudizio de' periti, potea valersi de' mezzi che presenta lo stato del giudizio, e la legge lascia alla saviezza, e prudenza del giudice. Ma non potea snaturando il contratto, e deviando dalla natura del giudizio, ammettere nelle parti la lesione, che le sembrava di non trovare nel tutto.

» Oltre a ciò la corte suprema considera che a' termini della *L.* 2. *e* 3. *Cod. de rescind. vendit.* e dell'articolo 1827 e 1821 del codice delle leggi vigenti nel caso che l'azione di lesione venga ammessa, il compratore ha la scelta di restituire la cosa, o di ritenerla pagando il supplimento del giusto prezzo coll'interesse dal giorno della dimanda di rescissione; ond'è che la gran corte civile nelle stesse sue vedute di lesione dovea conformarsi alle regole fissate dal legislatore in simili casi; ed ove colla sua decisione ha tolto la scelta, ed ha condannato il compratore al supplimento del prezzo, ed all'interesse dal gioroo del contratto, è andato in doppio modo a violare le citate disposizioni legislative.

» Attesocchè ove nella vendita di oggetto complessivo, un'articolo che lo comprenda, e che dovea far parte del prezzo per essere, o per dolo se ometta, o se porta il magistrato ad accordare la dimanda di compenso,. in questo caso la misura debba prendersi dallo stato, e valore del tempo del contratto, non già dal valore, che mai aver potea nell' epoche precedenti, e susseguenti al contratto medesimo. Perciò quando la gran corte credea dovuto l'importo della cessione delle terre di Corte, non messo a calcolo nel tempo del contratto non potea definirlo sul prezzo dato nel 1787 epoca della vendita fatta dalla germana D. Teresa dell'altra metà della masseria istessa, ma dovea prenderne il regolo dalla legge, e da ciò che la corte medesima avea deciso per gli altri oggetti, che dissero anche ammessi nel contratto dovea vederlo, cioè pel tempo del contratto, e non diversamente come ha fatto, violando il citato articolo 1821 ed i più sicuri canoni del dritto della materia.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione; e rimettendo le cose allo stato ad essa precedente, rinvia la causa ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito al ricorrente. »

» §. 95. Per conoscere se vi è lesione oltre
» la metà si dee stimare l'immobile secondo
» il suo stato, e valore nel tempo della ven-
» dita. *Art.* 1521. *Leg. civ.*

Gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano rescrissero, che i motivi pei quali la vendita fu fatta a prezzo vile debbono provarsi.

» Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate, atque insidiis emptoris argui debet (*idest argute probari ut D. de dolo. Si dolum*), vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum quod minore precio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod si videlicet contractum em-

ptionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emptor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant precium profecto prospiceres neque bonam fidem, quae emptionis, utque venditionis conventionem tuetur pati, neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum; vel statim (*nudo venditoris verbo*), vel post precii quantitatis disceptationem (*coram judice*); nisi minus dimidia justi precii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electionem jam emptori praestita servanda. *L. 8. Cod. de rescind. vendit.*

Casus. Filius tuus te consentiente vendidit fundum pro parvo precio: vis rescindere venditionem propter parvi precii quantitatem, an possis quaeritur? dicitur quod non; quia ad hoc ut possis rescindere contractum probare debes filium tuum dolo inductum ad vendendum, vel metu, quia non est rescindenda venditio propter parvum precium, quia hoc consueverunt facere emptores, cum venditores primo offerunt vendere magno precio, et emptores offerunt parvam quantitatem, et postea majorem, si vendentes detrahunt eo quod petierant, et ita contendunt invicem, et postea consentiunt; et sic propter exiguitatem precii non poterit rescindi venditio, nisi probes filium tuum deceptum ultra dimidium justi precii. »

La lesione, al dir di Fabro, non si prova in virtù della stima presente, ma per mezzo degl'istrumenti precedenti, e delle vendite conseccutive.

» Quoniam vero in probanda laesione, quoties ad rescindendam venditionem agitur, venditionis tempus praecise spectandum est, cum pro temporum non minus quam locorum varietate pretia rerum mutentur, consequens est, ut non satis probata videatur laesio, si testes dicant tanti rem nunc esse, nec minoris fuisse tempore contractus, quod ejusdem bonitatis, jam tum esset, cujus nunc est. Fieri siquidem potest, ut eadem bonitate, eademque rei statu manente, nunc tamen res aut pluris, aut minoris sit quam antea, solo pretio ex aliis causis extrinsecis immutato. Multo minus ergo probata videbitur ex eo solo, quod testes eam dicti sui rationem adferant, quod eadem res non facta melior postea longe pluris distracta sit. Nam praeter id, quod tempus contractus semper inspici debet, spectandus quoque est communis valor, hoc est, ex communi hominum opinione non ex hujus vel emptoris stultitia aestimandus. Quod si duae ejusdem rei venditiones diversis quidem, sed aeque proximis temporum intervallis facte proponantur, una publice, privatim altera, proculdubio ex illa potius quae publica quam quae privata fuerit, justi valoris probatio sumetur, cum dici soleat, tanti rem esse quanti vendi potest, quamvis non eo minus verum sit, ex causa immodicae laesionis adversus publicas quoque venditiones restitutionem dari, eadem ratione admittendum est potiorem fore justi valoris probationem, quae fiat per publici, ut vocant, catasti exhibitionem quam quae per testes. *Fabri Cod. lib. 4. tit. 30. de rescind. vend. Def. 19.*

Lo stesso Fabro prosiegue poi ad indicare i mezzi più opportuni insegnando di doversi valutare nel soggetto caso tutte le circostanze necessarie a dimostrare la lesione.

» Quid si testes de communi quidem pretio testificentur, adeoque contractus tempore inspecto, sed tamen non aestimato eo quanto minoris res sit ob id, quod emptor omne evictionis periculum in se susceperit, et venditorem a vacuae possessionis tradendae obligatione liberavit, cum et anterioribus creditoribus eam rem obligatam, et a violento potentique spoliatore occupatam esse constaret? Manca erit probatio, quia certe hoc ipso longe minoris res est, cum vel maxime intersit emptoris, et vacuam possessionem sine dispendio consequi, et venditorem habere de evictione obligatum. Quid si testes de totius rei valore testificentur, cum tamen pars quaedam duntaxat ejus rei vendita sit? Non sufficiet ad hoc, ut laesio bene probata videatur. Nam si fundus commode dividi non possit, aut praedium forte sit urbanum, cujus pars divisa nullam possessori suo utilitatem adferri queat, nemo negaverit longe pluris rem esse, si tota aestimetur quam pro parte, sit pars, si se-

paratim, et tamquam divisa consideretur. Itaque si pars illa socio vendita sit, tanto minoris aestimanda est, quod eam solam alius fortasse praeter socium nullo pretio empturus fuisset, propter metum discordiarum quas materia communis excitare solet, cum forte is, qui partem socii emit, suam non aeque fuerit venditurus *Fabri Cod. lib. 4. eodem tit. Def.* 20.

» La stima dell'immobile, dice inoltre Delvincourt, non dee riguardare gli aumenti, o le diminuzioni anche intrinseche sopravvenute dopo la vendita. Se dunque vi fu un accessione, se un tesoro venne ritrovato, una miniera scoverta, ciò non dee entrar per nulla nella somma del giusto prezzo. Si dee portare in conto quello solo ch'è stato o ha dovuto essere preveduto dalle parti nel tempo della vendita; ma se prescindendo tutte queste cose, è stato deciso che vi fu lesione, e se il compratore preferisce di restituirne l'immobile, sarà egli obbligato a restituire egualmente l'accessione, la parte del tesoro ec? L'affermativa è tanto meno dubbia in quanto che è pure il parere di Pothier n. 359 il quale non pertanto decide la negativa nel caso del retratto; e che d'altronde il compratore può evitare la risoluzione della vendita, e quindi la restituzione di tutti i suoi accessorj, pagando i nove decimi del giusto prezzo calcolato nel momento della vendita.

» Bisogna aggiungere al prezzo della vendita le spese del contratto? Si potrebbe congetturarlo; atteso che l'ammontare di tali spese esce dal compratore. Ciò è vero, ma esso non va in beneficio del venditore, e si considera unicamente la lesione che questi ha potuto soffrire. D'altronde è forse per questa ragione che si obbliga il compratore, allorchè preferisce di conservare la cosa di completare solamente i nove decimi del giusto prezzo. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo 8. nota 144. al tit. 2.*

» §. 96. La domanda non è più ammessa,
» spirati due anni dal giorno della vendita.
» Questo termine corre contra le donne
» maritate, e contra gli assenti, gl'interdetti
» ed i minori, che hanno causa dal vendi-
» tore di maggior età.
» Lo stesso termine corre, e non si sospen-
» de durante il tempo stipulato per la ricom-
» pra. *Art.* 1522. *Leg. civ.*

Il termine dei due anni dee computarsi dal giorno della traslazione della cosa venduta in potere, e possesso del compratore, o dal giorno del contratto? Dal giorno del contratto. Se ne trae il motivo dall'articolo 1468 con cui è disposto, che l'azione pel recesso dal contratto, che compete al compratore dee proporsi entro un'anno da computarsi dal giorno del contratto. Difatti dovendosi esporre le ragioni, per le quali la lesione ha avuto luogo, sia in riguardo al modo che si è tenuto dal compratore per avere ad infimo prezzo la cosa venduta, sia in riguardo al tempo in cui talune circostanze possono essere valutate come mezzi adoperati a danno del venditore, il tempo del contratto è adunque il punto più convenevole da cui dee computarsi il termine de' due anni per dedurre la domanda di lesione.

La vendita fatta dalle donne maritate, dagl'interdetti, e dai minori coll'autorità del magistrato vien compresa nelle disposizioni del presente articolo? L'articolo 1530. (*Vedi* §. 101) decisivamente dichiara la negativa. Quando il magistrato prende parte nel contrato, e vi procede regolarmente, sparisce ogn'idea di frode; conseguentemente non ha luogo lesione alcuna.

» §. 97. La pruova della lesione non po-
» trà essere ammessa senza una decisione, e
» soltanto nel caso che i fatti articolati fossero
» bastantemente verisimili, e gravi per far
» presumere la lesione. *Art.* 1523. *Leg. civ.*

E adunque abbandonato al calcolo del magistrato l'esame dei fatti che sono dedotti per dimostrare la lesione nei termini della legge. Quando egli non li rinvenga di tal natura da stabilire il vizio del contratto determinatamente, è nelle sue attribuzioni il rigetto della domanda. Conviene però osservare che un tale esame dee all'intutto dipendere da un dettagliato rapporto dei periti destinati all'oggetto. Questo fisserà la norma da tenere nella deliberazione, come vien disposto dall'articolo seguente.

» Si oppose, osserva Maleville, che per ammettere la prova si richiede sempre un giudizio, e che l'articolo era inutile, ma si

dimostrò che questo giudizio era destinato a rendere accorto il giudice di non prescrivere la stima se non quando vi fosse qualche congettura che il venditore fosse stato leso, e potesse il giudice stesso procedere con cognizione di causa. Vale a dire che i giudici possono senza servirsi dell' ufficio de' periti rigettare l'azione rescissoria, se ella sembri loro priva di fondamento.

» Ma essi hanno facoltà di non ammettere l'azione, e di rescindere il contratto senza la operazione preliminare de' periti? A modo di esempio, quando un fondo fosse stato venduto sei mesi dopo di essere stato stimato oltre sette dodicesi, in una divisione? Fu sostenuta ed approvata l'affermativa nel consiglio; ma poi non se ne fece motto nella seconda lettura della estensione dell'articolo.

» *Quid juris?* Io credo che l'articolo non vietando ai giudici di adoperare in tal modo, e dovendosi sempre diffidare delle operazioni dei periti, una tale sentenza non dovrebbe essere annullata. *Maleville. Osservaz. al l' art.* 1677. *del cod. civ.*

D' altronde Fabro ci fa osservare che colui il quale chiede rescindersi la vendita per causa di lesione dee provare di esserne stato il padrone.

» Restitutio in integrum ex causa immodicae laesionis habet implicitam dominii quaestionem, cum fieri nequeat, ut in pretio laesus videatur, qui vendidit rem alienam. Inde fit, ut dominium probare actor debeat, perinde ac si rem vindicaret adversus eum qui ab alio emisset.. *Fabri Cod. Lib.* 4. *tit.* 30. *de rescind. vendit. def.* 17.

» §. 98. Farà parte della prova una relazione di tre periti i quali saranno tenuti
» di stendere un processo verbale comune,
» e di formare un solo giudizio a pluralità
» di voti. *Art.* 1524. *Leg. civ.*

» Se vi sieno dispareri, il processo verbale ne conterrà i motivi, senza che sia
» permesso di far conoscere di qual sentimento sia stato ciascun perito. *Art.* 1525.
» *Idem.*

» I tre periti saranno nominati *ex officio*
» purchè le parti non sieno state di accor-
» do nel nominarli tutti e tre unitamente.
» *Art.* 1526. *Idem.*

Se il prezzo determinato da ciascun perito è differente quale sarà la risoluzione? Risponde Delvincourt: » la maggioranza dee formarsi dall' avviso de' due periti che hanno fissato i prezzi maggiori; ed il giusto prezzo dello stabile debb'essere stabilito dietro il minore di questi due prezzi. Esempio.

» Uno de' periti ha stimato l'immobile 12mila fr. un secondo 13mila, il 3.° 14mila io dico che la maggioranza dee formarsi dietro questi due ultimi avvisi, e che il prezzo dell'immobile debb' essere portato a 13mila fr.; giacchè siccome 13 è contenuto in 14, colui che apprezzò 14mila è riputato avere a più ragione apprezzato 13mila. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 8. *nota* 145. *al tit.* 2.

Su la relazione de' periti, e sul metodo da tenersi nella loro elezione, le leggi di procedura ne' giudizj civili ne danno i precetti. Vedi *Divisione* §. 10.

Dati più termini per la verifica della stima non può accordarsene altro. Quindi delle opinioni di tre periti, che attestono la lesione si ritiene quella data da due di essi. Decisione dell' appello di Nimes de' 14 termidoro anno 12.

» *Fatto*. Vendita fatta il 28 maggio 1792 da Buisson a Peyrouse, contro lo sborso di 3,000 franchi, ed una rendita vitalizia di 10 franchi.

» Buisson ne domanda la rescisaione per causa di lesione.

» Il 29 ventoso, anno 7, interviene una sentenza che rimanda a' periti.

» Quegli di Peyrouse porta il prezzo a 3,424 franchi.

» Il perito di Buisson a 7,000 franchi.

» Il terzo nominato d' ufficio, 6,700 fr.

» 29 Fiorile. anno 10, sentenza del tribunale di Tournon, la quale omologa la relazione del perito, e rescinde la vendita, salvo a Peyrouse a supplire il giusto prezzo, quando egli lo preferisca . . . . . ec.

» Sopra l'appellazione, si pronuncia, il 24 fiorile, anno 11, una decisione, la quale permette a Peyrouse una seconda stima.

» Infine, dopo avere diggià rinnovati più volte i termini per procedervi, il 24 brumale, anno 12, ha luogo una seconda decisione, la quale accorda ancora un mese per

ultima perentoria prefissione di termine, senza speranza di alcun' altra.

» Muore Buisson il 19 ventoso, anno 12, e non era ancora fatta la seconda stima.

» Il suo erede riprende allora l'istanza:

» Lombard Quincieux sostiene a favore di Peyrouse, che essendo evidentemente esagerata la stima de' primi periti la corte non poteva dispensarsi dall'ordinarne una seconda, per assicurarsi più positivamente del giusto valore del podere.

» Che se una seconda perizia non è stata fatta entro il limite fissato dalla decisione del 24 brumale, è mestieri attribuire siffatto ritardo alla morte di Buisson, ed altre circostanze egualmente imperiose; laonde che non si può negare un nuovo termine.

» Che nella prima operazione, non avendo fattto i tre periti un processo verbale comune, il loro rapporto non è conforme all'art. 1618 del codice.

» Che fissando il detto articolo un punto di procedura, dee essere osservato dal momento della sua promulgazione.

» Che combinando la stima de' tre periti, e prendendone il termine medio, il prezzo non eccede della metà quello che era fissato nella vendita.

» Che in tutt' i casi, ed anche allorchè potesse essere pronunciata la rescissione, Peyrouse, se volesse ritenere l'immobile, non dovrebbe il supplimento del prezzo, se non sotto la deduzione del decimo accordato dall' art. 1681 del codice civile.

» Se, al contrario, egli non conserva il podere, come ha pagato a soldo di Buisson diversi creditori indicati, non v'è dubbio che debba essere rimborsato in valore nominale di tutte le somme, per le quali egli aveva liberato il suo venditore.

» L'avvocato Layrac a favore dell'erede Buisson rispondeva, che Peyrouse non era più ammissibile a domandare nuovi termini, per far procedere ad una seconda stima: che l'ultima decisione accordando un mese per ultima perentoria prefissione di termine, e senza speranza di alcun altra, la corte non poteva fissarne un nuovo senza ritornare sopra di un punto irrevocabilmente deciso, senza annullare con ciò la forza della cosa giudicata.

» Quindi, sotto questo primo rapporto, si dee confermare puramente e semplicemente la sentenza del tribunale di Tournon.

» Ma, fosse pure permesso di esaminare di nuovo il merito della vendita, non si potrebbe in alcun modo valutarlo a termini del codice civile; poichè l'atto è stato stipulato, e la perizia stessa è stata fatta molto tempo prima della sua promulgazione

» Peyrouse non è dunque fondato a domandare la ritenzione del 10, poichè la legge in virtù della quale si è ricorso in causa di lesione, non accordava siffatto beneficio all' acquirente.

» Per sostenere che non vi è lesione, non può nemmeno pretendere che bisogna prendere il termine medio de' tre valori stimativi. Se questa quistione dee farsi sotto il codice civile a senso dell' art. 1378, il quale sembra avere introdotto un nuovo diritto in questo punto, essa non è proponibile a riguardo delle relazioni de' periti, fatte in conformità delle leggi speciali anteriori, giusta le quali bastò mai sempre che due periti attestassero la lesione, per essere stabilita sufficientemente, non ostante la contraria opinione del terzo.

» Infine in tutt' i casi la legge del 27 termidoro anno 6, art. 6, la quale regola la materia, non obbliga il venditore, in tutt' i casi di rescissione, a restituire all' acquirente le somme pagate sia a lui, sia a de' terzi delegati, se non giusta il grado di avvilimento proprio del giorno de' differenti pagamenti.

» La corte,

» Attesochè sono stati accordati successivamente molti termini a Peyrouse: che la decisione la quale li ha rinnovati per l'ultima volta porta in termini espressi, che è per l'ultima perentoria fissazione e senza speranza di altro; per cui la corte ha deciso anticipatamente, che se egli non ne profittava, era decaduto da ogni speranza di ottenenerne un nuovo, e che non poteva esserglierne accordato altro senza distruggere il giudicato;

» Che non essendo sopravvenuta la morte di Buisson, se non lungo tempo dopo la scadenza del mese accordato dall' ultima decisione per la rinnovazione del termine; questa circostanza è qui affatto indifferente;

» Che dalla legge si è interdetto qualsivoglia effetto retroattivo, e che l'atto la di cui rescissione è stata domandata, essendo anteriore alla promulgazione del codice, egualmente che la domanda in causa di rescissione ed il procedimento de' periti, è in conformità delle leggi esistenti a dette epoche, e secondo le forme che le medesime prescrivevano, che ha dovuto essere fatto il procedimento de' periti, e trovandosi conforme, non può esservi luogo a diminuzione rispetto allo stato, sotto pretesto della non conformità al metodo stabilito dal codice civile;

» Che sono stati adoperati tre periti, e che due tra loro hanno attestato la seguita lesione nella vendita; in ragione del valore che essi hanno dato all'oggetto venduto, e quindi non resta più alcun dubbio sull'esistenza della lesione;

» Che le stesse ragioni, applicate alla seconda quistione concernente la non retroazione del codice, interdicono a Peyrouse il decimo che domanda di essere autorizzato a ritenere, dovendo il contratto essere regolato dalle leggi che esistevano all'epoca della sua data.

» Relativamente all'ultima questione, che l'acquirente, a cui si nominano de' creditori, coll'obbligo di pagarli, non cessa di essere debitore del suo venditore, poichè non vi è novazione; che è come se pagasse direttamente a lui stesso, giacchè egli paga per esso, come suo mandatario, e con i suoi proprj danari;

» Che se Peyrouse avesse pagato a Buisson ciò che ha detto di aver pagato a' creditori indicati egli non potrebbe riclamare che il valore ridotto delle somme pagate; che dee essere lo stesso allorchè ha pagato ad altri per ordine del suo venditore, ed in diminuzione di prezzo, e che l'articolo 6 della legge del 27 termidoro, anno 6, volendolo del pari in una maniera letterale e precisa, è in cotal guisa che dovrà farsi, come lo ha deciso il tribunale di prima istanza, se Peyrouse cede il podere di cui si tratta.

» La corte, dichiara definitivamente decaduto Peyrouse dalla seconda verificazione che avea ottenuta; dice giudicato bene dal primo giudice, e condanna Peyrouse alle spese intere.

» §. 99. Nel caso che l'azione di rescis-
» sione venga ammessa, il compratore ha la
» scelta o di restituire la cosa, ritirando il
» prezzo che egli ha pagato, o di ritenerla
» pagando il supplimento del giusto prezzo.
» Il terzo possessore ha lo stesso dritto,
» salvo il regresso contra il suo venditore.
» *Art.* 1527. *Leg. civ.*

Gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano rescrissero egualmente, che il compratore quando non voglia restituire la cosa venduta può pagare il supplimento del giusto prezzo.

» Rem majoris pretii si tu, vel pater tuus minoris distraxerit humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias auctoritate judicis intercedente; vel si emptor elegerit (*est ergo in potestate emptoris, et idem dico e contra emptore decepto esse in potestate venditoris*) quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. *L.* 2. *Cod. de rescind. vend.*

Casus. Si rem quae centum valebat pro quadraginta vendidi, an rescindere possis venditionem quaeritur? responde quod re rigore juris non de aequitate sic: refuso pretio quod a te accepi, et habere rem; vel rem restituere refuso sibi pretio quod dedit. Quod quando sit minus pretium in fine dicit, illud scilicet, quod est minus dimidia justi pretii. »

Pel giusto prezzo, di cui il compratore dee pagare il supplimento di ciò che vale la cosa comprata quando voglia ritenerla, conviene interdersi quello determinato dai periti, e confermato dal magistrato. Così Perezio.

« Quod dictum est fore in electione emptoris vel rem restituere, vel id quod justo pretio deest supplere, non satis definitum est quid quantumque emptor supplere debeat. At vero omissa doctorum altercatione verius puto non sufficere quod suppleat usque ad eam quantitatem quae ab initio venditionem firmam, et efficacem reddidisset, sed usque ad justum, et verum pretium. Inter justum, et verum pretium non interest. Justum est sive verum pretium quanti res valet communi hominum aestimatione, non enim vendentis affectio aut cupiditas attenditur. Gomez *tom.* 2. *ver. res, c.* 2. *n.* 22. Non recte Connanus *lib.* 7. *Comm.*

c. 9. n. 10. justum pretium interpretatur dimidium veri pretii, adeoque emptorem liberari existimat, si quod dimidio veri pretii deest suppleverit; puta si fundus dignus viginti venditus est novem ac ita minoris dimidio veri pretii, vult satisfieri venditori, si emptor unum suppleat, ut fiant decem quae sunt dimidia pars veri pretii. Quae certe minus aequa suppletio est; nam cum in emptoris electione sit rem restituere, vel quod justo pretio deest supplere, quidne malit potius dimidium supplere quam totam rem restituere? *Perezii Praelect. in lib. 4. cod. tit. 44. de rescind. venditione n. 12.*

Se la cosa venduta perisce presso il compratore, egli è ancora tenuto a pagare il supplimento del prezzo? Il medesimo giureconsulto decide per l'affermativa.

Quid si res vendita, et tradita perierit apud emptorem? frustra venditor agit ad pretii supplementum quod praecise non debetur, et ad quod cogi non potest ipse emptor, cum debeatur respectu certae speciei, cujus interitus liberat debitorem etiam a praestatione pretii. Nisi tamen pretium apud emptorem existerit, ex re distracta ante interitum; eo enim casu non liberabitur emptor, sed tenetur venditori justum pretium supplere, quasi id loco ipsius rei ad ipsum pervenerit. *L.* 18. *D. quod met. caus.* ne locupletetur damno alieno. Ex quibus deducitur emptore decepto ultra dimidium justi pretii, etiam re peremta, absque ejus culpa, acquissimum esse, ut venditor quod pluris justo pretio accepit, emptori reddat, et in id conveniri possit; quia licet res peremta sit, loco tamen ejus venditor pretium habet; et deinde satis est, re ipsa peremta venditorem habere justam ipsius rei aestimationem, ut docet Covarruvias *lib.* 2. *Var. c.* 4. *in fi lib.* 2. *contr. c.* 18. *Perezii Praelect. ibidem. n.* 14.

Data una lesione enormissima fatta con dolo i frutti debbono anche restituirsi col fondo? nel caso affermativo tale restituzione dee correre dal giorno del contratto, oppure dal giorno della contestazione? Fabro decide che i frutti si debbano dal giorno della contestazione.

» Aliquando accidit, ut enormissima sit laesio, ex eaque inducatur dolus reipsa qui dolo ex proposito aequiparatur; nec tamen fructus a die contractus restitui oporteat, sed tantum a die contestationis, ut contingeret si enormis tantum laesio proponeretur, aut a die obsignati pretii quod datum, et restituendum est. Quid enim si magnus probationum, conflictus sit, emptorque probet non tam grandem laesionem intervenisse, et tamen venditoris probationes praeponderent? (*In hujusmodi enim causis dubiis, de quibus in L. admonendi* 31. *D. de jurejuran. multa permittuntur arbitrio judicis, praesertim quantam ad fructus attinet, sumptusque litis. L.* 3. *D. de testib. L. qui solidum* 72. *§.* 1. *de leg.*) *Fabri Cod. lib.* 4. *tit.* 31. *de rescind. vendit. Def.* 31.

Fabro stesso però soggiunge che la probabile ignoranza del giusto valore scusa il compratore alla restituzione dei frutti percepiti prima della lite contestata, quantunque sia provata per enormissima la lesione.

» Quid si emptor probabiliter ignoraverit justum rei valorem? Finge pupillum, cujus nomine tutor comparaverit, tutorem vero nihil dolo malo fecisse. Scio nocere pupillo interdum scientiam tutoris, sed hactenus ne ex tutoris facto pupillus cum aliena jactura locupletetur, non etiam ut damnum sentiat. Atqui damnum sentiret si fructus omnes restituere teneretur, etiam ex quibus non esset factus locupletior. Igitur ista valoris ignorantia excusare debet a fructuum restitutione, quandiu praesertim venditor pretium retinet. Eaque ignorantia justi pretii in dubio praesumenda est contra venditorem, qui neque vi, neque dolo coactus vendidit, nisi proponas emptorem solutum foenerari. Sane cùm quaeritur an redimendi jus temporale perpetuetur ex causa enormissimae laesionis, nulla distinctione opus est, an emptor justum valorem sciverit, an ignoraverit. Utrobique enim casu perpetuatur. Non idem est si quaeratur, an remedium quod ex canone pontificio spoliatis datur, cumulandum sit cum in integrum restitutione, quae adversus venditionem competat ex causa enormissimae laesionis. Eadem enim distinctio adhibenda est inter scientem, et ignorantem, quoniam non idem alioqui utriusque actionis eventus, et effectus futurus sit, cum ex canone pontificio fructuum omnium restitutio omnimodo debeatur. *I' m. Def.* 32.

» §. 100. Se il compratore elegge di ritenere la cosa pagando il supplimento, a norma del precedente articolo, è tenuto all'interesse del supplimento medesimo dal giorno della domanda di rescissione.

» Se preferisce di restituirla, e di ritrarne il prezzo, egli dee i frutti dal giorno della domanda.

» L'interesse del prezzo che egli ha pagato, si dee parimenti calcolare a di lui benefizio dal giorno della stessa domanda; e dal giorno del pagamento, se non abbia riscosso alcun frutto. *Art.* 1528. *Leg. civ.*

Pothier esamina l'effetto dell'azione rescissoria, e delle prestazioni alle quali sono tenuti rispettivamente fra loro il venditore, ed il compratore in virtù di tale azione. Egli dice:

» 1.° Il compratore deve esser condannato a restituire al venditore il podere che gli è stato venduto.

» 2.° Il compratore deve i frutti.

» Avvi la questione, da quale epoca sia egli obbligato alla restituzione dei frutti. Cujacio *ad l.* 2. *Cod. de resc. vend.*, decide che deve tutti i frutti che ha percepiti dopo che è entrato in possesso del fondo, fatta però la deduzione degl'interessi del prezzo che il venditore ha ricevuto. La ragione è che il contratto di vendita che era il titolo in virtù del quale il compratore ha goduto il fondo, essendo annullato e rescisso dall'azione rescissoria, l'acquirente si trova averlo posseduto senza titolo; e per conseguenza non può esser considerato un vero possessore di buona fede, a cui i frutti abbiano potuto appartenere. Si aggiunge che nella restituzione per causa di minor età, le leggi decidono che il compratore dee restituire tutti i frutti da esso percepiti. L. 27, §. 1, ff. *de minor*. Con più ragione, si dice, vi deve esser obbligato il compratore nel caso della restituzione per lesione enorme; atteso che più la lesione è considerevole, meno deve esservi luogo di esonerare il compratore di tener conto dei frutti, e di farne un compenso perfetto cogl' interessi del prezzo. Su questo principio Cujacio decide che il compratore il quale supplisce il giusto prezzo per conservare il fondo, deve gl'interessi di questo supplimento. Molti altri dottori, del numero dei quali sono Mynsunger, Fachineo ec. sono al contrario di parere che il compratore non è obbligato di tener conto dei frutti se non dal giorno delle offerte che gli ha fatte il venditore, rispetto all'azione rescissoria, di restituirgli il prezzo; che quelli percepiti fino a detto tempo devono esser compensati intieramente cogl'interessi del prezzo; anche quando detti interessi ammontassero a molto meno del valore dei frutti. Per prova di questa decisione impiegano quasi gli argomenti medesimi dei quali si servono per provare che il compratore non dee gl'interessi del supplimento del giusto prezzo. Quantunque il titolo in virtù del quale detto compratore possedeva sia stato rescisso ed annullato, secondo essi non lascia però egli di dover essere considerato possessore di buona fede, perciocchè basta perciò di possedere in virtù di un titolo apparente: *justa opinio tituli aequipollet titulo. Arg. l.* 4, *princ. et §.* 2, *et l.* 9, *ff. pro leg. et l.* 3, §. 1, *ff. pro suo*. Ora il contratto di vendita in virtù del quale il compratore possedeva, e di cui si dee presumere che ignorasse il vizio, era per esso un titolo apparente, fino a che il venditore si fosse doluto ed avesse fatta conoscere la lesione che lo rende vizioso. Se nella restituzione per causa di minorità, il compratore è obbligato a tener conto dei frutti, ciò segue perchè esso doveva aspettarsi la rescissione, non potendo ignorare che una vendita fatta da un minore vi è soggetta; in vece che nel caso della legge 2, non avendo dovuto prevederla, non si deve obbligarlo a computarne i frutti.

» Se tali ragioni devono far rigettare l'opinione di Cujacio nella tesi generale, essa però deve esser adottata almeno quando la lesione sia talmente al disotto della metà del giusto prezzo, che l' acquirente non ha potuto ignorare il vizio del suo contratto; o quando egli fosse stato lungo tempo l' affittuale del podere che ha comperato; o che per qualche altra ragione è manifesto che non ha potuto ignorarne il valore: avvegnachè in tutti questi casi particolari esso doveva prevedere sicuramente la rescissione del contratto. Non può quindi passare per possessore di buona fede.

» Ci rimane ad osservare che il compratore che non è obbligato a tener conto dei frutti, non lascia di dover fare la deduzione del prezzo di quelli che erano pendenti all'epoca del contratto, sul prezzo che il venditore deve restituirgli; diversamente egli avrebbe unitamente ed i frutti ed il prezzo di essi, il quale forma parte dell'intiero prezzo che gli viene restituito.

» 3.° Il compratore deve restituire col podere tutto ciò che è accessorio; eccettuati i frutti. Perciò se dopo che l'acquirente è entrato in possesso, vi è stato scoperto un tesoro, la terza parte che ha ricevuta di detto tesoro nella sua qualità di proprietario, e *jure fundi*, deve essere restituita col podere al venditore; attesochè siffatto tesoro per questa parte è una specie di accessorio del podere, e non si può dire che ne sia un frutto.

» Relativamente ai deterioramenti del fondo, non vi è dubbio che il compratore contro cui si esercita l'azione rescissoria, deve far ragione di quella da cui ha tratto vantaggio. Per es. se ha abbattuto un bosco di alto fusto da esso venduto ad un mercante, se ha demolito un edificio di cui ha venduti i materiali, è certo che deve far ragione della somma che gli è pervenuta dal prezzo di detto bosco o di quello dei materiali.

» Quanto ai deterioramenti dei quali non ha ricavato alcun utile, e che sono derivati dalla sua negligenza, il compratore il quale può considerarsi essere stato possessor di buona fede, non dev'essere tenuto a farne ragione; perchè egli ha potuto trascurare un podere che credeva essere perfettamente suo, e che ignorava essere soggetto a restituzione. Se al contrario risulta che non ha potuto ignorare che il suo contratto era soggetto a rescissione, egli deve esservi tenuto.

» Il venditore che esercita l'azione rescissoria deve dal suo canto restituire al compratore il prezzo che ha ricevuto, e tutto ciò che ne fa parte.

» Rispetto agli interessi del prezzo, quando il compratore non è condannato a tener conto dei frutti, si compensano coi frutti che il compratore ritiene. Se poi fosse condannato a tener conto dei frutti, ciò non potrebbe essere che sotto la deduzione degl'interessi tanto del prezzo principale quanto di tutto ciò che ne fa parte, e che è stato convertito a profitto del venditore.

» Il venditore dee tener conto al compratore anche delle spese che ha fatte sul podere.

» Quelle di pura manutenzione diminuiscono *ipso jure* i frutti i quali sono stimati sotto la deduzione di dette spese, allorchè l'acquirente dee tener conto de' frutti; quando poi non dee tenerne conto, non gli deve esser fatta ragione di dette spese.

» Riguardo alle altre spese, alcuni dottori citati da Fachineo, 11, 20, hanno sostenuto che il compratore non poteva esigerne alcun rimborso dal venditore che esercitava l'azione rescissoria; perciocchè dipendeva da lui di non perdere siffatte spese, essendo in sua facoltà di ritenere il podere sul quale egli le ha fatte, supplendo il giusto prezzo. Questa ragione non ha alcuna solidità. Può accadere benissimo che la situazione degli affari del compratore non gli permetta di supplire il giusto prezzo per poter ritenere la cosa; deve egli perciò perdere le spese? Ed il venditore deve arricchirsi, e profittare a spese del compratore? Perciò questa opinione ha avuti pochi seguaci.

» Per decidere a quale cosa sia obbligato il venditore verso il compratore per ragion delle spese fatte da costui, è mestieri distinguere tre specie; le necessarie, le utili, e quelle che sono puramente voluttuose. Rispetto alle necessarie, non vi è alcuna difficoltà; il venditore deve rimborsarne il compratore. Quando però il compratore, per sua poca attenzione, avesse pagato assai più di ciò che era d'uopo pel prezzo de' materiali e delle opere, il venditore che non dee esser pregiudicato dalla poca oculatezza del compratore, non è tenuto a rimborsarlo che fino alla concorrenza di ciò che gli dovevan costare le dette spese.

» Il venditore deve rimborsare tali spese, anche quando le opere relative non esistessero più, nel caso in cui esse fossero state necessarie in guisa che il venditore non avesse potuto dispensarsi dal farle, se non avesse venduto il fondo: per es. in caso che il compratore avesse rifabbricato la stalla di una possessione che fosse stato in seguito incendiata

dal fulmine. Imperciocchè non si lascia per ciò di considerare che il venditore ne tragga vantaggio, in ciò ch' egli ha conservato il danaro che avrebbe impiegato in siffatte spese che sarebbe stato costretto di fare, se non avesse venduto il podere. *Hactenus locupletior videtur, quatenus propriae pecuniae pepercit*.

» Non è lo stesso delle spese *utili*. Il venditore che avrebbe potuto dispensarsi dal farle, non è tenuto a farne ragione al compratore, quando esse non sussistano al tempo in cui è promossa l'azione rescissoria; e in caso che sussistessero, egli non è obbligato che fino alla concorrenza di ciò che il podere si trova essere di maggior valore, perchè solo fino a tale concorrenza ei ne profitta; e non vi è tenuto se non che a motivo che ne trae profitto; *cum aequum sit neminem cum alterius detrimento locupletari*.

» Qualche volta è cosa prudente che il giudice non assoggetti il venditore a rimborsare al compratore la somma di cui le spese utili che non erano affatto necessarie, hanno aumentato il prezzo del podere; e che permetta solo al compratore in questo caso di levare ciò che può essere trasportato. Ciò dee aver luogo allorchè le spese siano molto considerevoli; avvegnachè non dev' essere in potere del compratore facendo delle spese troppo rilevanti, che il venditore potrebbe non aver mezzo di rimborsare, d'inabilitare per tal modo il venditore a promover la sua azione rescissoria. Altronde il compratore non può dolersene, giacchè è in sua facoltà di conservare il podere colle migliorie che ha fatte, supplendo il giusto prezzo.

» Non può insorgere alcuna difficoltà rispetto alle spese puramente voluttuose, che non hanno accresciuto di nulla il prezzo del fondo. Il venditore non è obbligato a rimborsarle al compratore; ma dev' esser permesso a questi di trasportare ciò che può essere levato.

» Le spese utili di cui il venditore dee far ragione al compratore, devono stimarsi sotto la deduzione dei deterioramenti del podere che procedono dal fatto e colpa dell'acquirente, qualunque ella sia, e che il venditore avrebbe potuto evitare, se non avesse venduto il fondo; perchè un fondo non può considerarsi migliorato se non in ragion di ciò che le migliorie eccedono i deterioramenti.

» Il venditore dee similmente far ragione degli interessi delle somme a cui ammontano le spese, siano necessarie, siano utili, di cui dee rimborsare il compratore, quando questi gli faccia ragione dei frutti; poichè profittando egli della rendita prodotta dalle dette spese, è giusto ch' ei faccia ragione al compratore degl' interessi del loro prezzo.

» Relativamente alle spese del contratto ed altre simili fatte dal compratore per l'acquisto, è indubitato non competerne al compratore veruna ripetizione; essendo il venditore obbligato a rendere soltanto ciò di cui ha profittato.

» Ci rimane ad osservare una differenza tra le prestazioni del venditore e quelle del compratore. Il venditore può costringere precisamente il compratore alla prestazione di tutto ciò cui è tenuto in forza di detta azione, in luogo che il compratore non può astringere il venditore alla prestazione di ciò cui esso è tenuto; egli ha solo il diritto di ritenere il fondo sino a che il venditore vi abbia soddisfatto, e di far pronunciare che, mancando il venditore di eseguirle in un certo tempo fissato dal giudice, il fondo gli apparterrà irrevocabilmente.

» Tutto ciò che noi abbiamo esposto circa le prestazioni rispettive del venditore e del compratore, allorchè l' azione rescissoria è promossa contro l'acquirente stesso o i suoi eredi, riceve applicazione nel caso in cui detta azione fosse intentata contro un terzo detentore.

» Non vi è dubbio che questo terzo detentore dee restituire il podere al venditore; poichè egli non vi ha altro diritto che quello che gli deriva dal compratore nei diritti del quale egli è sostituito, e questo diritto è annullato dall' azione rescissoria.

» Rispetto alla restituzione dei frutti, nei casi in cui il compratore da cui tiene il podere il terzo detentore avesse potuto esservi obbligato, questo terzo detentore non è, a dir vero, tenuto direttamente, quando ei sia possessore di buona fede, e che ab-

bia acquistato il podere credendo che quegli da cui lo comperava ne fosse il proprietario irrevocabile; con maggior ragione non è obbligato direttamente alla restituzione de' frutti i quali non ha percepiti egli stesso, ma che sono stati percepiti dal compratore prima che gli avesse rivenduto il fondo. Quantunque però il terzo detentore non sia tenuto direttamente alla restituzione di detti frutti, vi è tenuto indirettamente, tanto di quelli che sono stati da lui percepiti, come di quelli percepiti dal compratore, a motivo ch'esso è obbligato a soffrirne la deduzione sul prezzo che gli deve essere restituito dal venditore. In fatti se questo terzo detentore ha il diritto di ripetere dal venditore il prezzo che questi ha ricevuto, ciò non gli compete direttamente; poichè non è egli che glielo ha pagato, ma indirettamente in luogo del compratore il quale vendendogli o dandogli detto podere, lo ha surrogato in tutti i diritti che aveva intorno al fondo, e per conseguenza nel diritto di farsi restituire il prezzo dal venditore, nel caso in cui il venditore facesse rescindere la vendita che ne aveva fatta. Ora il compratore non ha il diritto di ripetere questo prezzo che sotto la deduzione dei frutti; per conseguenza il terzo detentore a cui competono i suoi diritti non può ripetere il prezzo che il venditore non ha ricevuto che sotto la deduzione di detti frutti, secondo la regola di diritto: *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

» Ha luogo lo stesso rispetto ai deterioramenti, nei casi ne' quali vi è obbligato il compratore. Il terzo detentore, ch'è possessore di buona fede, non è tenuto direttamente al risarcimento dei deterioramenti, quando egli non ne abbia profittato, o che siano stati fatti dal compratore da cui egli ha fatto l'acquisto del fondo, o siano stati fatti da esso medesimo. Egli è però obbligato a soggiacere alla deduzione del prezzo dei detti deterioramenti sul prezzo che deve essere restituito dal venditore; non competendo al compratore di mala fede, nei diritti del quale egli è subentrato, il diritto di ripetere il prezzo del fondo se non fatta la deduzione del prezzo dei deterioramenti, tanto di quelli che procedono dal suo fatto, quanto di quelli che derivano dal fatto dei suoi successori dei quali è responsabile.

» Da tutto ciò risulta che la sola differenza che vi esiste tra il compratore ed il terzo detentore rispetto alle prestazioni di questa azione, è che il compratore, quando sia di mala fede, è tenuto direttamente alla restituzione dei frutti e dei deterioramenti, e che il terzo detentore non vi è tenuto che indirettamente. Da ciò segue che se il prezzo tanto dei frutti che deve essere restituito dal compratore, che dei deterioramenti dei quali egli è responsabile, eccedesse il prezzo che ha pagato e gl'interessi di detto prezzo; il compratore il quale vi è tenuto direttamente, dovrebbe essere condannato, e potrebbe essere costretto al pagamento di questa eccedenza; in luogo che il terzo detentore non vi potrebbe essere condannato, poichè egli non è personalmente debitore dei detti frutti e deterioramenti.

» Da ciò nasce la diffrenza che dev'esservi nella condanna della sentenza che ha luogo rispetto a quest'azione rescissoria. Quando sia proferita contro l'acquirente di mala fede, deve questi essere condannato a restituire il fondo ed i frutti, e a far ragione dei deterioramenti, coll'obbligo per parte del venditore di restituirgli il prezzo e gl'interessi. Ma quando la sentenza sia pronunciata contro un terzo detentore il quale ha comperato dal suddetto acquirente, egli dev'essere condannato soltanto a restituire il podere, coll'obbligo per parte del venditore di restituirgli il prezzo che ha ricevuto e gl'interessi, fatta la deduzione dei frutti e dell'importare dei deterioramenti.

» Ci resta da osservare sull'effetto della restituzione contro la vendita di un podere per causa di lesione enorme, che il venditore, in virtù di questa restituzione, rientra in possesso del podere come lo era al tempo della vendita che ne fece; senza alcuna ipoteca, senza alcun diritto di servitù, o altri diritti reali che il compratore o i suoi eredi, siano universali, siano particolari, vi avessero imposti. Imperocchè essi non han potuto dare maggior diritto che non avevano essi stessi a coloro a cui eglino han dati siffatti diritti d'ipoteca, di servitù ed altri. Per conseguenza

siccome il diritto che aveva il compratore ed i suoi successori, era soggetto ad essere rescisso in forza della restituzione che il venditore ha ottenuto contro il contratto di vendita, questi diritti da essi accordati devono essere soggetti del pari a tale rescissione. È questo il vero caso della massima, *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

» Questa opinione che noi abbiamo abbracciata, è quella del maggior numero de' dottori i quali sono citati da Fachin. *contr.* 11, 23. Bartolo ed alcuni altri sono stati di contrario sentimento. La loro ragione si è che la rescission del diritto di quegli il quale ha imposto sul suo podere delle servitù o delle ipoteche, non produce la rescissiona di dette servitù ed ipoteche se non quando ella si faccia *ex causa necessaria.* Ora, dicono essi, la rescissione del diritto del compratore non segue *ex causa necessaria*, nel caso della legge 2, di cui si tratta, poichè è in suo potere di ritenere la cosa supplendo il giusto prezzo. Si risponde esser vero che la rescissione del diritto del proprietario non trascini seco quella delle servitù ed ipoteche, quando la rescissione del diritto del proprietario non è operata *ex causa necessaria* ma *ex causa volontaria*, e da qualsivoglia fatto che intervenga dalla parte di detto proprietario; per es. quando venga rivocata una donazione per causa d'ingratitudine, non essendo giusto in questo caso ch'egli pregiudichi col suo fatto al diritto degli altri, secondo questa regola: *Nemo ex alterius facto praegravari debet.* Quando però la rescissione del diritto di un proprietario sia pronunciata, senza che ciò segua da un suo fatto intervenuto dopo l'acquisto il quale vi abbia dato luogo, e che essa proceda da un vizio inerente al suo titolo di acquisto, come nel caso della legge 2, si può dire con verità che la rescissione in questo caso segua *ex causa necessaria*, e che essa produca la rescissione delle servitù ed ipoteche. Sebbene il compratore possa ritenere la cosa supplendo il giusto prezzo, non si può dire perciò che il suo diritto sia stato rescisso *ex causa voluntaria*; avvegnachè non è puramente in suo potere di ritenerla, mentre non lo può che supplendo il giusto prezzo. Affinchè la rescissione sembri derivata *ex causa necessaria*, basta che non vi abbia dato motivo alcun suo fatto, e ch'egli sia obbligato a rilasciare la cosa; e vi è realmente costretto, allorchè non supplisce il giusto prezzo.

» Del resto, il creditore ipotecario del compratore, per la conservazione del suo diritto d'ipoteca avendo diritto di far uso di tutte le ragioni che è in grado di poter esperimentare il suo debitore, può intervenire sull'azione rescissoria prima che sia stata mandata ad effetto, ed esercitare le sue ipoteche sul fondo, pagando al venditore il supplimento del giusto prezzo. Egli però non può più esservi ammesso dopo che l'azione rescissoria abbia sortito il suo effetto con la restituzione del podere, perchè non può più far uso del diritto, che competeva al suo debitore, di supplire il giusto prezzo, quando il suo debitore abbia cessato di averlo. *Pothier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 2. *n.* 357 *a* 371.

» §. 101. La rescissione per causa di lesione non ha luogo a favore del compratore. *Art.* 1529. *Leg. civ.*

» Il compratore, dice il tribuno Faure, è in una posizione ben diversa da quella del venditore. La necessità obbliga a vendere a vil prezzo; ma non vi ha cosa che obblighi a comprare a prezzo eccessivo quanto il desiderio di aver la cosa. Questa ragione è assegnata in poche parole da uno de' nostri più savj giureconsulti. Cujacio *de rescind. vend. Quia penes emptorem invidia, et penes venditorem inopia. Esposiz. de motivi sul cod. civ. n.* 71.

» Si è fatta la questione, osserva inoltre Pothier, se il compratore soffrendo una lesione enorme nel prezzo, gli competa l'azione rescissoria per far rescindere il contratto. Automne, *ad l.* 2. *Cod. de resc. vend.* sostiene la negativa. La sua opinione però è contraria ai principj di diritto ed al sentimento di quasi tutti gli autori. Molineo nel suo trat. *de contr. usur. quaest.* 14, suppone come una cosa certa, che il venditore per causa di lesione enorme possa domandare la rescissione del contratto, e non ne fa nemmeno questione. L'azione rescissoria per causa di lesione non è fonda-

ta solo sulla legge 2. *Cod. de rescind. vend.* ma è fondata sopra un principio dedotto dalla natura dei contratti commutativi, ne' quali ciascun contraente non intende dare ciò che dà, se non per ricevere l'equivalente: onde segue che questi contratti sono viziosi, e come tali devono essere rescissi, quando una delle parti vi soffra una lesione enorme, e non riceva ad un di presso l'equivalente di ciò che dà. Ora è cosa evidente che siffatto principio non militi meno a favore del compratore di ciò che sia a favore del venditore. Automne, per sostenere il suo sentimento, dice che la lesione cui soggiace il compratore, essendo una lesione nel prezzo, la quale è una cosa mobiliare, egli non deve essere ammesso a pretendere la rescissione del contratto, la quale, secondo il nostro diritto francese, non si accorda per le cose mobili. La massima ch'egli oppone, dice solo che non vi è luogo alla rescissione del contratto nelle alienazioni delle cose mobili: quando però l'oggetto del contratto di vendita è un podere, deve esservi luogo all'azione rescissoria dal canto di quella parte che è stata lesa. *Pothier. Trat del contr. di vendita Vol.* 2. *n.* 372.

» §. 102. Essa nè pure ha luogo in tutte
» le vendite che per legge non possono farsi
» se non coll'autorità giudiziale. *Art.* 1530.
» *Leg. civ.*

Vedi §. 95.

» Questo articolo, dicono gli autori delle pandette francesi, decide una questione ch'era controversa tra gli autori, e la risolve conforme al parere di quelli che han sostenuto che in questo caso la vendita è sempre presunta che sia stata fatta al suo giusto valore. Ciò non ostante l'esperienza c'insegna che le vendite giudiziali sono ordinariamente le meno vantaggiose; ma esse lo diventerebbero molto più ancora se l'aggiudicatario non fosse assicurato di essere possessore tranquillo.

» Si noti per altro che secondo i termini di questo articolo, le sole vendite che necessariamente debbono essere giudiziali vanno esenti da quest'azione. Perciò la domanda di rescissione per causa di lesione può essere ammessa contro le aggiudicazioni volontarie. Queste infatti non sono che vendite fatte amichevolmente per le quali è stata presa la via degl'incanti. *Osservazione all'articolo* 1684. *del cod. civ.*

» §. 103. Le regole esposte nella sezione
» precedente e relative al caso che più per-
» sone abbiano venduto unitamente o sepa-
» ratamente, ed al caso che il venditore o
» il compratore abbia lasciato più eredi, si
» osservano anche quando si tratti dell'azione
» di rescissione. *Art.* 1531. *Leg. civ.*

Vedi i §. §. 79 e 88.

Della vendita per incanto.

» §. 104. Se una cosa comune a più per-
» sone non può dividersi comodamente e senza
» scapito; ovvero se in una divisione di beni
» comuni fatta di reciproco consenso se ne
» ritrovino alcuni che niuno de' condividenti
» possa o voglia prendere; se ne fa la ven-
» dita all'incanto, ed il prezzo vien diviso
» tra i condomini. *Art.* 1532. *Leg. civ.*

Vedi *Divisione* §. 13.

» La parola *licitazione*, al dir di Pothier deriva dal vocabolo latino *liceri*, il quale significa mettere a prezzo una cosa, far obblazione all'incanto ad una cosa esposta in vendita; e dal suo verbo frequentativo *licitari*, il quale significa fare più obblazioni le une sopra le altre. Kalvino e Calepino *in verbis liceri et licitari*.

» Per licitazione noi intendiamo un atto col quale i coeredi, o altri comproprietarj per indiviso di una cosa, la mettono tra loro all'incanto per essere aggiudicata ed appartenere in intiero al migliore ed ultimo offerente, coll'obbligo per la sua parte di pagare a ciascuno dei suoi comproprietarj una parte del prezzo, eguale alla parte indivisa che ciascuno dei detti comproprietarj aveva nel podere licitato prima dell'aggiudicazione.

» Allorchè uno de' coeredi o comproprietarj, tra i quali si fa la licitazione, è l'aggiudicatario, la licitazione non è in alcun modo contratto di vendita, quantunque ne abbia l'apparenza. Questa licitazione tien luogo della divisione, come la divisione non è altra cosa che un atto risolutivo della comunione.

» Siccome in una divisione, quantunque fatta con un ammasso di danari o rendite,

il coerede cui è toccata la quota più considerevole, gravato dai detti ammassi, si considera essere succeduto a tutto ciò di cui è formata la sua quota coll'obbligo del ammasso, e non tenere nulla da'suoi condividenti: similmente nelle licitazioni, il coerede è considerato essere stato solo investito dal defunto del totale del podere di cui si è costituito aggiudicatario mediante la licitazione, e non tenerne alcuna parte dai suoi coeredi, verso i quali la legge che il chiamava con esso lui alla successione, l'ha solamente gravato di loro pagare, su la somma cui è stato portato il podere mediante la licitazione, una parte eguale a quella per la quale i detti coeredi sono chiamati con esso alla eredità. Questa somma, rispetto alla parte che ne deve l'erede aggiudicatario a ciascuno dei suoi coeredi, è come un oggetto di divisione di cui esso è gravato verso ciascuno di loro; ed a questa somma si è determinata, in forza della licitazione, la parte per la quale ciascun di loro è stato chiamato alla eredità; dimodochè essi si considerano non essere stati messi al possesso di alcun'altra cosa.

» Ha luogo lo stesso degli altri comproprietarj. Allorchè più legatarj o più acquirenti licitano fra loro un podere loro legato in comune, o che in comune hanno acquistato, quegli fra loro che se ne rende aggiudicatario, si considera essere stato direttamente legatario o acquirente del totale del podere, col peso soltanto d'indennizzare i suoi collegatarj o coacquirenti della loro parte nel prezzo cui fosse portato il podere dalla licitazione fatta tra loro.

» Da tali principj deriva che la licitazione tra i coeredi o altri comproprietarj, non è nel nostro diritto un contratto di vendita che i licitanti facciano della loro parte nel podere licitato a colui tra essi che si rende aggiudicatario, poichè secondo tali principj, l'aggiudicatario nulla propriamente acquista da'suoi coeredi o comproprietarj.

» Da ciò segue, 1.° che dette licitazioni non importano i profitti di vendita.

» 2.° Che esse non dan luogo a riscatto (*retrait*);

» 3.° Che l'aggiudicatario non è obbligato alle ipoteche dei creditori particolari dei suoi conlicitanti. I creditori particolari di ciascun licitante possono soltanto intervenire alla licitazione e sequestrare il diritto del loro debitore, all'effetto di percepire in sua vece la parte che gli spetterà nel prezzo della licitazione; ma se han lasciato che la percepisse il loro debitore, nulla possono domandare all'aggiudicatario il quale non si considera avere acquistata alcuna cosa dai suoi conlicitanti.

» 4°. Che non essendo i conlicitanti dell'aggiudicatario propriamente i venditori della loro parte, non sono essi tenuti alla stessa garantia cui è obbligato un venditore verso un compratore; ma sono semplicemente tenuti verso il medesimo a quella garentia cui fra di loro sono obbligati i condividenti, la quale non dee consistere che nella restituzione di ciò che ciascun conlicitante ha percepito nel prezzo della licitazione, sia pel totale quando l'aggiudicatario abbia sofferta l'evizione del totale, sia per parte quando ne abbia sofferta, l'evizione di una sola parte.

» Questa decisione dee aver luogo anche quando la licitazione contenesse una clausola espressa di garentia, perchè in questo caso la clausola deve solo intendersi della specie di garentia che conviene alla natura dell'atto; cioe della garentia che nelle divisioni si pratica tra i condividenti; la licitazione essendo un atto che tien luogo di divisione.

» Allorchè senza licitazione si stipula un atto fra due eredi o altri comproprietarj che hanno un titolo comune, col quale si dica in termini espressi e formali che l'uno di loro ha venduto all'altro per un determinato prezzo la sua porzione nell'eredità o in un podere indiviso tra loro, sembrerebbe non esservi dubbio che un tale atto sia un contratto di vendita: come, però, negli atti non si deve tanto tenersene ai termini, ma piuttosto ricercare la volontà delle parti, e quale sia l'atto che hanno inteso di fare, la giurisprudenza ha stabilito che non ostante i termini di *vendita* coi quali è concepito detto atto, non si debba esso considerare come un contratto di vendita, ma come un atto faciente le veci di divisione, e dissolutivo della commione che esisteva tra le parti; perchè vi è ragion di presumere che la principale intenzione che hanno avuta le parti nel fare detto atto, sia stata quella di uscire

dalla comunione. Quindi tutto ciò che si è detto rispetto alla licitazione, è applicabile a questo. Esso non dà luogo nè al profitto di vendita, nè al riscatto.

» Quel coerede o comproprietario cui si dice nell'atto che l'altro coerede abbia venduta la sua parte, non si considera averla veramente comperata ed acquistata dal suo coerede; ma si considera rimanergli il totale a titolo di divisione, col peso del pareggiamento della somma convenuta. Perciò siccome nella licitazione l'aggiudicatario non è responsabile delle ipoteche dei creditori particolari del suo coerede; non deve del pari esservi obbligato in virtù di detto atto, il quale non differisce da una licitazione.

» Infine tale atto non dee produrre la garentia cui è tenuto un venditore, ma quella alla quale sono tra loro tenuti i condividenti. *Pathier. Trat. del contr. di vendita Vol.* 2. *n.* 637 *a* 644.

» §. 105. Ciascuno de' condomini ha la
» facoltà di domandare che gli estranei sie-
» no invitati all'incanto: se uno de' condo-
» mini è minore, gli estranei vi debbono
» essere invitati necessariamente. *Art.* 1533.
» *Leg. civ.*

» §. 106. Il modo e le formalità da os-
» servarsi nello incanto sono spiegate nel ti-
» tolo delle successioni, e nelle leggi di pro-
» cedura ne'giudizj civili. *Art.* 1534. *Leg. civ.*
Vedi *Divisione* §. 10. *e* 13.

» VENEFICIO §. 1. L'omicidio volon-
» tario è qualificato per veneficio quando è
» l'effetto della volontaria somministrazione
» di sostanze atte a dar la morte più o me-
» no prontamente, in qualunque modo que-
» ste sostanze sieno state intromesse nel cor-
» po umano o somministrate. *Art.* 350.
» *Leg. pen.*

È insegnamento di Cajo che il veleno dee prendersi sotto quell'aspetto, che spiega l'indole del misfatto, dappoichè si considera in diversa qualità, cioè in malefico, ed in buono; essendo il medicamento ancora un veleno.

» Qui venenum dicit, adjicere debet utrum malum, an bonum; nam et medicamenta venena sunt; quia eo nomine omne continetur quod adhibitum, ejus naturam, cui adhibitum est, mutat, cum id, quod nos venenum appellamus. *L.* 236. *D. de verb. signif.*

Quindi Marziano da questa distinzione prende motivo di decidere, che il veleno malefico propinato per uccidere alcuno è il solo vietato a vendersi, ed a conservarsi.

» Ejusdem legis corneliae de sicariis, et veneficis capite quinto, qui malum venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit plectitur. Ejusdem legis corneliae poena afficitur, qui in publicum mala medicamenta vendiderit, vel hominis necandi causa habuerit. Adjectio autem ista veneni mali, ostendit esse quaedam, et non mala venena, ergo nomen medium est: et tam id quod ad sanandum, quam id quod ad occidendum paratum est continet; sed et id quod amatorium appellatur. *L.* 3. *D. ad Leg. corn. de sicar.*

Ulpiano riguardò anche tenuto di veneficio colui che per violenza, o per consiglio somministri in qualunque modo il veleno ad alcuno.

» Si quis per vim, vel per suasum alicui medicamentum infudit, vel ore, vel clystere, vel si eum unxit malo veneno lege Aquilia tenetur. *L.* 9. §. 2. *D. ad leg. Aquil.*

» Il progetto di legge, dicea Monseignat alla commissione legislativa di Parigi, assimila giustamente all'assassinio il veneficio. Quest' ultimo è anche più terribile nei suoi effetti; giacchè involge sovente una famiglia negli apparecchi di morte diretti contro un solo de' suoi membri: egli è più pericoloso nei suoi mezzi a motivo della moltiplicità delle combinazioni micidiali che l'uomo ha inventate o involate alla natura, ed a motivo della facilità di preparare e di consumare l'attentato, e di nascondere la traccia del suo autore. Perciò è sempre presumibile che l'avvelenatore abbia voluto dare la morte anche quando la mancanza di quantità o di qualità delle sostanze mortali, la forza del temperamento, i soccorsi dell'arte, ed altre circostanze estranee al colpevole hanno salvato l'oggetto del suo misfatto. *Rapporto de'* 17 *febbraro* 1810. *Veneficio.*

Le dottrine medico-legali, che riguardono questo misfatto prendono anche una parte principale nel nostro esame. Imperciocchè è del

massimo interesse di non solo conoscere il modo come le sostanze velenose si apprestano, ma di valutar benanche i loro effetti. Crediamo adunque di non poter meglio corrispondere al nostro voto che esponendo per l'avvelenamento le più semplici dottrine che bastano per più determinatamente definirlo. Riportiamo quelle di Francesco Emmanuele Foderè espresse nel suo trattato di medicina legale, e d' igiene pubblica. Ei dice.

» Vien designato in generale col nome di avvelenamento l'accidente molesto, che avviene a un uomo in buona salute, il quale dopo aver introdotte nel suo corpo alcune sostanze, si trova rovinosamente disagiato.

» I giureconsulti chiamano con più aggiustatezza avvelenamento l'amministrazione fraudolenta e criminosa di alcune sostanze, che non sono nè alimenti, nè rimedj, bensì vanno miste con essi. Costoro hanno dato a queste sostanze il nome di velenose nella loro essenza, sebbene una tale essenza sia stata ignota sin oggi, e mentre forse tali veleni non agiscono che per una legge di affinità di decomposizione che esercitano co' principj animali, più energica dell' affinità degli altri corpi, che sembrano innocenti.

» In che dunque consiste il delitto dell'avvelenamento? Nella intenzione propriamente detta di colui, che lo commette: quindi taluno, che non esercitando l' arte di guarire, porge ad un'altra persona una qualche sostanza, che non è alimento, è per tal motivo sospetto di cattiva intenzione, o che l' assassinio sia stato consumato, o che sia andato a voto. Ognuno conosce abbastanza quello ch' è alimento, e quel che non lo è; e quando mescola agli alimenti delle sostanze, che ogni uomo sa di non appartenergli, non si può fare a meno di crederlo sospetto di cattive intenzioni, soprattutto se tali sostanze sono comunemente riguardate come veleno: la intenzione per conseguenza forma l' essenza del delitto dell' avvelenamento, e la sostanza, che non è alimento, ne costituisce il materiale. Il solo presentare il veleno è bastato in ogni tempo a costituirne il misfatto: che sia stato recato ad effetto o no, ciò non accresce, nè diminuisce in niente l'orrore, che esso ispira, e la pena che merita; la malattia, o la morte delle persona non fa che dar luogo alla parte civile, per ottenere le indennizzazioni convenienti. Finalmente l' avvelenamento è sempre un delitto di aggnato, di premeditazione. Si possono rinvenire delle gradazioni negli altri attentati: in questo non ve n'ha alcuna.

» Ma a parlare con precisione poichè questo delitto è odiosissimo, è perciò il più oscuro, e somministra più che ogni altro delle armi alla calunnia. Può aversi una immensità di semiprove morali, che danno delle presunzioni, ma che tutte insieme non potrebbero giammai formare una pruova completa, senza esporre i cittadini a perdere in ogni istante la loro libertà. Non vi sono positivamente che due circostanze, le quali ne somministrano la pruova, la scoverta cioè del materiale del delitto, ed i sintomi manifestati dopo di essersi presa una bevanda, o un alimento, presentato da una persona sospetta: la prima circostanza è del tutto decisiva; ma la seconda se non ha per appoggio la prima, può addivenire la sorgente di una infinità di falsi giudizj; e non debb'essere propriamente considerata che come una semplice semipruova, a cagione della facilità, con la quale noi abbiamo detto che le sostanze le più innocenti possono addivenire veleno pel corpo umano, quando vi concorrono alcune circostanze. *Foderè. Trat. di medicina legale. Tomo* 5. §. 632.

» I veleni, continua il medesimo autore, possono penetrare nel corpo umano per molte vie: si può prenderli per la bocca, riceverli ne' cristéi, succhiarli con l' aria, assorbirli per mezzo degli unguenti. Fortunato Fedele pretende, che si può introdurre il veleno con la polvere di cipro, e Zacchia ci fa sapere che il Papa Clemente VII fu avvelenato col fumo di una candela: due assertive, la cui verità è permesso di chiamare in dubbio. Possiamo dunque limitare ai cinque seguenti punti la maniera, con la quale i veleni attaccano la economia animale: 1. pel naso col mezzo degli odori: 2. pe' polmoni per mezzo della respirazione: 3. per la bocca, e per l'esofago: 4. per l'ano: 5. per la pelle, sia coverta sia spogliata del-

l'epiderme, mercè i vasi assorbenti. *Idem*. §. 637.

Vi sono inoltre delle cause di morte, che possono essere confuse con l'avvelenamento. Quindi è mestieri prenderne anche un'idea per mezzo di quelle particolari dottrine che lo stesso illustre autore ci presenta. Egli dice.

» I più leggieri motivi bastano al comune degli uomini per fare che si porti il sospetto su l'avvelenamento; ma il medico, ch'esser dee pienamente istruito per meritare un tal nome, non può determinarsi a pronunziare questo giudizio che su de'segni positivi, i quali escludono assolutamente la impossibilità del fatto. Questi segni si dividono con buon ordine in segni *razionali*, ed in segni *fisici*. Chiamo segni razionali quelli, che si deducono 1. da' sintomi, che ordinariamente han luogo quando si è preso un veleno; 2. dalle illazioni che risultano da ciò che si osserva sul cadavere. I segni fisici sono 1. la presenza del veleno, 2. la certezza su l'indole velenosa della sostanza, di cui si è fatto uso.

» Si comprende agevolmente che quest'ultimo ordine di segni è il più concludente, e che solo basta ad assicurare il delitto. Non è così de'segni razionali; imperciocchè siccome possono essere prodotti da tutt'altro che da un avvelenamento premeditato, così è ben facile che addivengano la sorgente delle sviste più fatali, se la sagacità del medico non supplisce a'lumi, che non è stato facile raccogliere, nè dagl'infermi, nè dagli assistenti.

» Se un individuo, nel bel mezzo del godimento di una florida salute, immediatamente dopo di aver preso qualche alimento, bevanda, medicamento, o tal altra cosa, si sente tutto ad un tratto attaccato da vertigini, dolori di stomaco, coliche, vomito, spasimi, convulsioni, sincope, sudori freddi, e che le labbra, la lingua, la gola, lo stomaco, ed il ventre gli si gonfiano con un sentimento di brusciore penosissimo; se le materie vomitate hanno un color verde o nero; se l'infermo si duole del loro cattivo odore e sapore, e ciò senza che si abbia la ricorrenza di alcuna malattia epidemica o sporadica, al cui iniziamento appartengono siffatti sintomi; è pur troppo naturale che osservando tali avvenimenti straordinarj si sospetti della propinazione di qualche veleno.

» Intanto questi sintomi, ed altri dello stesso genere possono essere prodotti da cagioni assolutamente straniere all'avvelenamento, come da una indigestione, da vivande per le quali si ha dell'avversione, o da una malattia.

» La maggior parte degli antichi medici, come Galeno, Celio, Aureliano, Averroe, etc. hanno opinato che una putrefazione interna può risvegliare de' sintomi analoghi a quelli, che sono prodotti da un veleno propinato. Alcuni de' moderni, e tra gli altri Zacchia, e Federico Hoffmann hanno adottata una tale opinione, la quale al dire del Morgagni, non saprebbe essere meglio confermata da un'osservazione, ch'egli rapporta.

» Un giovane, che soffriva da lungo tempo la febbre terzana, estenuato di forze, com'era, fu preso da violenti convulsioni, in mezzo alle quali morì. Aperto il cadavere si rinvenne che le intestine si erano corrugate verso il mesentero, il quale era corrugato ben anche: le loro tuniche erano addivenute ruvide, e quasi disseccate. Nelle intestine, del pari che nel ventricolo, eravi una gran quantità di bile verde che tinse lo scalpello di un colore violaceo. Si tentò di ferire con la punta di questo scalpello impregnata di bile le carni di due piccioni, che immediatamente perirono, attaccati da convulsioni e da tremore. Insuppata della stessa bile una briciola di pane, si fece ingollare da un gallo, che soggiacque alla stessa sorte.

» Avvi di fatti alcune malattie, come la dissenteria, la *cholera morbus*, le febbri ardenti, biliose, putride, e pestilenziali, che rapidamente sviluppandosi, tra pochi giorni menano a morte l'infermo, lasciando sul cadavare de' segni poco diversi da quei che sogliono annunziare l'avvelenamento. Una dama di mia conoscenza perì nel bel mezzo della sua carriera dopo di aver fatto due giorni prima le delizie della società in un ballo. A costei surse una macchia nera sul labbro superiore, che si estese rapidamente sul volto: ella spirò dopo 36 ore, essendo il suo corpo divenuto nero e gonfio con tutt' i segni della più grande corruzione. Intanto non

regnava alcuna malattia grave, e questa non fu seguita da alcun contagio.

» Del pari, una eruzione rientrata, un'affezione scorbutica molto avvanzata, la podagra, ed altre malattie artritiche, che hanno abbandonato inaspettatamente l'estremità, la bile divenuta acre nella sua vescichetta, e che rigurgita nel duodeno e nel ventricolo, cagionano sovente dolori enormi, vomito, anzietà, etc. fenomeni, che sopraggiugnendo ad un tratto sembrano a prima vista il risultato di un avvelenamento: essi lasciano nel ventricolo delle macchie nere e livide, e tutt' i segni d' infiammazione, cosicchè volentieri si può rimanere ingannato su la loro vera causa; quando non siasi pienamente istruito su gli antecedenti. Così avvenne, dice il Morgagni dopo Ballonio e Riolano, che in un caso, nel quale si sospettava di veleno, i medici furono ben tosto pronti a mettersi di questo avviso, perchè viddero il ventricolo ricoverto di esantemi; ma essi dovettero conoscere la precipitanza del loro giudizio quando seppero che queste macchie dipendevano dalla rosalia, che essendosi manifestata su la pelle, e non avendo potuto continuare a venir fuora a cagione della debolezza del soggetto, erasi portata su lo stomaco.

» Fuori dubbio sarà facile al medico di distinguere le tracce di una malattia violenta da' caratteri dell' avvelenamento, soprattutto se l' individuo è convalescente, e quando si sa ch' esso è stato soggetto a qualche malattia: quindi i medici han detto, che se i sintomi violenti attaccano ad un tratto un uomo sano, è meno a presumersi che appartengano ad un veleno interno di quel che lo sia se han luogo in un uomo acciaccoso: altronde (han soggiunto) è ben raro, ch'essi si manifestino senza la febbre, mentrecchè i veleni esterni menano sovente a morte senza febbre. Ma nulla v' ha di costante in siffatte assertive, dappo chè può avvenire, che un uomo, il quale gode della miglior salute, perisca in un tratto come colpito da malattia grave, e ciò per effetto di quelle congestioni sanguigne unite allo spasimo, che han sovente luogo nelle persone pletoriche, e che Hoffmann ha così bene descritte: queste persone muojono allora per eccesso di salute, come Ippocrate e Celso ci avvertono. Tale fu verosimilmente la cagione della morte nella donna, di cui ho fatto menzione.

» Le osservazioni, che si rapportano, e che appartengono del pari all' opera di Morgagni vengono in appoggio di ciò che sin ora si è detto; elleno non debbono essere ignorate da coloro, che si pongono in istato di dover fare un rapporto per avvelenamento.

» Un Veneziano, in età di 40 anni, robusto di complessione, ma oppresso da cure, avea risentito da alcuni giorni un dolore nella testa, e qualche ardore nell' orinare. Costui dopo una cena leggiera, e dove nulla avea mangiato d'insalubre, repentinamente fu attaccato da acerbi dolori nella regione dello stomaco, che andarono sempre mai imperversando sino a destare dell' evacuazioni da ambe le strade di una materia verde: questo tumulto finì con la morte nel terzo giorno a' 15 luglio 1707. Aperto il cadavere si trovò la parte destra del ventricolo sana, tranne un' abbondanza di picciole glandole della grossezza di una lenticchia. Nel fondo dello stomaco a sinistra si rinvennero molte macchie miste di nero, le quali indicavano che la infiammazione era di già passata allo stato cancrenoso. Dalla stessa parte, e nei luoghi, che sembravano sani, se ne spremeva facilmente del sangue. Il duodeno, e le rimanenti intestine erano sane. I polmoni aderivano al torace; ma niente aveano di straordinario, ad eccezione ch' erano rossi nella loro parte posteriore, colorito ch' essi aveano di comune col dorso, e con la faccia posteriore delle braccia. Il resto de' visceri era nello stato sano.

» Una povera donna, di 50 anni in circa, e ch' era soggetta a difficoltà di respirazione, onde veniva da tempo in tempo nell' ospedale, fu attaccata imprevistamente da eccessivi dolori di stomaco, che la fecero morire fra 24 ore. Il suo corpo fu destinato alle sezioni anatomiche su la fine di gennajo nell' anno 1737. Nell' aprirlo si trovò il ventricolo molto voluminoso e riempito quasi per metà. Questo fenomeno arrecò maggiore sorpresa dopo che quel viscere fu aperto, poichè fu osservato che i materiali ivi contenuti avreb-

bero dovuto piuttosto essere stati rigettati pel vomito; esso era pieno di ulceri, e di erosioni, che sembravano recenti, sebbene incominciassero a passare in cancrena. Siffatte erosioni erano affollatissime verso il piloro, molto larghe nel fondo del ventricolo, e più moltiplicate ancora nel *cardia*, estendendosi sino all' esofago: di sorta che si era portato a credere ch'elleno fossero state fatte da qualche cosa tranguggiata con gli alimenti, sebbene ciò non fosse provato, nè si poteva sul suo conto ritrarre alcuno rischiarimento dalle materie contenute nello stomaco. Passo sotto silenzio la descrizione anatomica del resto del corpo di questa donna, che non fa al mio proposito, e mi contento di aggiugnere che tali esempj, ed un altro concernente un ubbriaco che morì subitaneamente avendo lo stomaco roso senza causa manifesta, han menato il Morgagni ad una gran perplessità per decidere se questi mali fossero stati cagionati da un veleno esterno o interno, talmente che questo gran medico convinto della difficoltà, e del pericolo che si corre nel voler assicurare qualche cosa su di ciò quando non s'incontra il veleno, era contento di non aver mai azzardato alcun giudizio. Sarebbe stato (egli dice) facilissimo l' equivoco nel caso di questa povera donna, la quale, oltre il ventricolo, avea ben anche roso l'esofago, se non si fosse avuta la sicurezza che non vi era stato vomito, mercè il quale il veleno, forse generato nell' interno, avrebbe potuto passando per l'esofago cagionarvi quelle erosioni. Circostanza importante, e della quale avremo occasione di far motto in seguito.

» Penetrati dalla verità di siffatte ragioni noi ci metteremo di accordo coi dubbj prodotti dal Morgagni, e ci faremo costantemente un dovere di non pronunziare nulla di sicuro quando non iscopriremo il veleno. Analogo a questo sentimento è quello di Zacchia sul caso seguente.

» Un barbiere, godendo di un'ottima salute, desinò in un festino con degli amici. Dopo alcuni giorni fu attaccato da itterizia, ed insensibilmente tutto il suo corpo prese una tinta verde. Non essendosi cercato di adoprare alcun rimedio, quest' uomo cadde nella demenza, e morì. Nell' apertura del cadavere si rinvennero le intestine gonfie, e di color cetrino; il pericardio senza umidità; il sangue congelato ne' ventricoli del cuore; lo stesso cuore di un colore non ordinario; la testa gonfia, le labbra tumefatte; i polmoni ben anche di color cetrino, neri su le coste, aderenti alle pleure, ed al mediastino; la milza molle, e sfacelata: finalmente si trovarono parecchi altri segni, soliti a riguardarsi come indizj di veleno. Un individuo, su cui cadeva sospetto per tale delitto, fu messo in prigione, ed il fisco consultò Zacchia, per sapere se il barbiere era morto di veleno che se gli fosse dato, o se avea dovuto soccumbere semplicemente a qualche malattia o veleno generato nell' interno.

» Le apparenze, rispose Zacchia, sono le più favorevoli all' opinione di coloro, i quali pensano che quest'uomo sia morto avvelenato, poichè egli sembrava sano prima del festino, e i sintomi non sono venuti che dopo, e senza febbre, come dicesi: ciò che non avrebbe avuto luogo se il soggetto fosse morto di malattia. Ma io dimando, si è veduto il veleno, che si pretende essersi amministrato? E supponendo ben anche che fosse certa la sua propinazione, cercherò ulteriormente di qual natura esso era? Un veleno o è corrosivo, o putrefacente, o capace ad infiammare o coagulante. Ma non v' è stato nel soggetto alcun segno di veleno, che possa essere rapportato ad alcuna di queste specie. Esso non era corrosivo, poichè nè all'istante che si è preso, nè dopo ha dato alcun segno di corrosione: non era della specie di quei che infiammano, poichè non si è ritrovato nè nel ventricolo, nè nelle intestine alcun segnale d' infiammazione: non era coagulante (narcotico), poichè non ha dato alcun indizio di simil natura, etc. Segue da ciò che il soggetto debbesi dire piuttosto vittima di qualche malattia interna, anzichè di veleno.

» Conviene osservare in oltre che se quest' uomo fosse stato avvelenato, avrebbe immantinente dopo il veleno risentiti de' sintomi violenti, mentre ciò non è avvenuto che a capo di alcuni giorni, quando esso è divenuto giallo: la sua malattia ha tranquil-

lamente e senza dolori percorso la sua carriera. Si asserisce, che non abbia sofferto la febbre; ma come mai ciò può sapersi, se si confessa che l'infermo non ha presa alcuna cura della sua persona, e che non è stato visitato da alcun medico?

» Zacchia conchiude dopo tutto ciò: Quest'uomo non è morto dunque avvelenato, bensì d'itterizia, malattia, la cui natura di già descritta da Ippocrate (*lib.* 3 *de morbis*) basta ad ispiegare tutt'i sintomi avverati a suo conto. Or si sa che la bile aparsa ne'nostri umori, e portata sino al cervello produce la melanconia, la fatuità, ed altre specie di delirio.

» Nulla è più facile, anche in un uomo sano e robusto, quanto il restare preso dall'itterizia dopo agitata la bile con la bevanda de' liquori spiritosi, per molto alimento ingojato, pel corso, pe' travagli penosi, per un esercizio qualunque violento, come si osserva giornalmente; e tale è stata la sorte dell' indicato barbiere, che sicuramente è andato a soccombere alla sua malattia, perchè non vi avea portata alcuna attenzione, nè avea adoperato alcun mezzo per liberarsene. Or questa cagione di morte è assai più naturale e molto più evidente di quella, che si ascrive al veleno, che non ha per lui nè serie di circostanze, nè effetti corrispondenti ad una causa così straordinaria e violenta. *Foderè. Idem* §. 726 a 734.

Dopo tutto ciò veniamo a conchiudere con Deveaux, che non si deve giudicare dell'effetto de'veleni presi internamente se non con molta prudenza e circospezione; sia che il giudizio si ricava dagli accidenti che avvengono agl'infermi prima della loro morte, o da'segni che siffatti veleni imprimono, tanto internamente che esternamente su i cadaveri; imperciocchè, sebbene i veleni corrosivi offrono contemporaneamente de'segni evidenti della loro azione, e lasciano delle impressioni sensibili della loro violenza ne'corpi di coloro che gli hanno ingojati; queste tracce, però e questi segni sono cotanto equivoci, che si può restare ingannato frequentemente: a meno che non si porti la più minuta attenzione nel tempo stesso su tutte le presunzioni, e su le circostanze, che possono dall'altra parte indebolirli, o fortificarli, potendo i nostri proprj umori contrarre una malignità capace di produrre gli effetti de'veleni i più attivi. Senza cercare su di ciò degli esempj molto lontani, basta leggere nel Mercurio del mese di gennajo dell'anno passato (1791) il rapporto dell'apertura del cadavere di un flebotomista della corte, nel quale si osserva chiaramente che le impressioni rinvenute nell'indicato cadavere potevano essere benissimo attribuite o all'effetto di un veleno ingojato, o alla malignità dell'umore che avea cagionata l'angina, di cui quell'individuo era morto.

» Si legge nel racconto di una tale apertura che il corpo era tutto gonfiato; ch'era uscito del sangue pel naso e per gli orecchi in gran copia; che il collo, e la parte superiore del petto erano lividi e sfacelati, le glande tiroidi come cancrenate e cauterizzate. Il cominciamento dell'esofago era in una simile disposizione. I polmoni neri in tutta la loro estensione e pieni di sangue egualmente nero ed aggrumito. Il diaframma infiammato ed alterato nella sua parte concava.

» Il fegato era nero nell'esterno, ed alterato nella sua parte concava, che toccava lo stomaco, ec.

» Or si converrà volentieri, che siffatte impressioni, qualora si fossero ritrovate nell'apertura di un corpo che si sospettasse avvelenato, sarebbero decisive, mentre nel corpo, di cui si tratta, non erano che segni di una infiammazione la più maligna, propagata dal laringe allo stomaco ed alle parti vicine, come fu il parere de' periti dell'arte presenti a tale apertura, e che aveano osservato l'infermo nella sua ultima malattia. *Deveaux. Rapporto chirurg. pag.* 395.

Pel veleno che somministra un padre al figlio condannato a morte. Vedi *Parricidio* §. 1. *n.* 7. *Decisione de'* 15. *luglio* 1811.

» §. 2. Sarà punito colla morte.

» 1.° . . . . .

» 2.° il veneficio col primo grado di pubblico esempio....... *Art.* 352. *Leg. pen.*

Il dritto romano puniva anche di morte questo misfatto.

» Praeterea tenetur qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit. *L.* 1. §. 1. *D. ad leg. corn. de sic. et venef.*

La pena di morte è dovuta e questo misfatto; dapoicchè dal modo della sua esecuzione risulta un' azione criminosa più atroce dell' omicidio. Così l' imperatore Antonino.

» Plus est (*idest atrocius, et tenetur lege cornelia de sicariis*) hominem extinguere veneno quam occidere gladio. *L.* 1. *Cod. de maleficis, et matematicis.*

L' avvelenamento, al dir di Carpzovio è una specie di tradimento, per di cui mezzo si prepara occultamente, e con insidie la morte. Quindi in ragione della sua atrocità la sue pena è stata sempre aggravata, ed esasperata.

» Venenare enim species proditionis est, et venena ut plurimum propinantur occulte et per insidias, ita ut difficillime evitari queant. Hinc omnia disposita in homicidio vel delicto proditorio procedere etiam in homicidio per venenum commisso.

» Merito igitur in crimine hoc veneficii ob ejus atrocitatem poena homicidii exasperanda, et aggravanda est. Veluti etiam in Perside venefici ita plectebantur, ut in amplo lapide caput impingeret, et colliderent teste Alex. Genethl. l. 3. c. 5. Et de Galba refert Svetonius in vita ejus c. 9. quod in provincia, cum tutorem quendam, qui pupillum, cui substitutus erat heres, veneno necasset, cruci affigendum damnaverit, implorante autem eo leges, et civem se romanum clamante, quasi solatio, et honore aliquo poenam levaturus mutari poenam jussit, multoque praeter caeteras altiorem, et dealbatam statui crucem jussit, cui affigeretur. Romanos quoque ob veneficium commissum sepulcro majorum privatos fuissè, colligitur ex oratione Tullii pro Cluentio, dum Cluentio futurum eit, ut si veneficii reus damnetur, patris sepulcro privetur. *Carpzovii Rer. crim. Pars* 1. *Quaest.* 20. *de Veneficio n.* 12 *et.* 13.

» §. 3. I misfatti preveduti nè due articoli
» precedenti (352 e 353) si puniranno col ter-
» zo grado de' ferri quando sieno mancati: nel
» primo al secondo nel presidio, quando sie-
» no semplicemente tentati. *Art.* 354. *Leg. pen.*

Era comune il sentimento dell' antica scuola criminale, che il veneficio tentato dovesse straordinariemente punirsi. Così Giulio Claro, Carpzovio, Anton Mattei.

» Punctus est an si mors ex veneno sequuta non fuerit, debeat nihilominus puniri poena ordinaria, non obstante generali consuetudine, praesertim quum hoc crimen videatur esse ex atrocissimis. Sed certe magis communis opinio videtur esse quod non puniatur poena ordinaria. *Julii Clari Sententiarum lib.* 5. §. *Homicidium. n.* 11.

» In delictis etiam atrocissimis conatus quantumvis ad actum proximum devenerit, ordinaria poena non sit puniendus, nisi lex vel statutum expresse contrarium disponat; quum ergo jure communi aut statutario pro conatu veneficii poene mortis expresse sancita non reperitur, utique et in hoc crimine praedictae regolae inhaerendum, et conatus solum extraordinarie pro arbitrio judicis puniendus erit. *Carpzovii Rer. crim. Pars.* 1. *Quaest.* 21. *n.* 38.

» Poena veneficii similiter ut caedis gladius est. Nec sene minor esse potuit, cum plus sit hominem occidere veneno quam gladio *L.* 1. *Cod. de malef. et math.* etque ideo nec inter poenas praebitio veneni recipitur, cum tamen et gladius, et furca et ignes sint recepti. *L. aut damnum.* §. 1. *D. de poen.* Accedit, quod eo graviores insidiae sint, quo difficilius vitari possunt; facilius autem mucrones, quam venenum effugeris; idcirco veneno quam gladio necari gravius est censendum. In hanc rationem nonnulli intuentes existimarunt generalem consuetudinem, quae conatum caedis extra ordinem coercet, non esse extendendam ad veneficium: veneficos tametsi homo non perierit, capite tamen puniendos. Quam sententiam admittam non invitus, si non solum paratum, sed et praebitum venenum sit; at si emtum tantum, vel paratum, dixerim extra ordinem reum puniendum esse; nisi forte filius emerit, ut patri daret, quo casu etiam propter perniciosam voluntatem posset capite puniri *L.* 1. *in fin. D. ad L. Pomp. de par. Antonii Matthaeii De criminibus. T.* 1. *cap.* 5. *de Veneficis, n.* 3.

» Questo misfatto, come ognun vede, consiste, al dir di Alberici, semplicemente nella propinazione del veleno, che è in mezzo tra il principio ed il fine del misfetto. Il semplice possesso delle sostanze avvelenate, ancorchè per un oggetto criminoso, non costituirà giammai un veneficio, seppure non sia accom-

pagnato da qualche atto, che dimostri la determinata volontà di nuocere alla vita di un tale individuo. *Hujus legis poena afficitur qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare L. 1. in fin. D. ad leg. Pompej. de parricid.* Egualmente si deve intendere il testo della legge 13 *in princ. D. ad leg. Cornel. de sicar.*, sebbene per la importanza della causa portasse immediatamente la sua severità sopra colui, che si esponeva a vendere pubblicamente il veleno. Il perchè un attentato non si deve giammai giuridicamente considerar tale, che quando è manifestata la volontà diretta all'azione.

» All'incontro è evidente, che il veneficio deve sussistere altresì nel caso, che la propinazione del veleno non avesse ottenuto il criminoso effetto, per la ragione, che se in tutti i casi l'attentato di un misfatto è considerato come l'istesso misfatto, ove non sia arrestato per volontà dell'autore, molto più ciò importa di osservare in ordine al veneficio, dove il misfatto riguardo al colpevole ricave l'ultimo atto di consumazione, e il massimo grado della scelleratezza dal semplice fatto della propinazione. Egli è per questo esecrando motivo che l'imperatore Antonino nella legge 1. *Cod. de malefic. et mathem.* diceva: *Plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio.*

» Ma uno ha propinato il veleno, dappoi per un'accidente tutto estraneo alla volontà dell'autore non si usa; in questo frattempo, che si sta aspettando l'uso, esiste il misfatto? Se si scopre il fatto della propinazione esiste; se l'autore ritira il veleno non esiste. Esiste il veneficio nel primo caso, perchè la vita di colui, che si voleva avvelenare è salva unicamente per l'effetto della sorte: non esiste nel secondo, perchè l'autore, corretta la volontà, fece cessare il pericolo, che sovrastava all'altrui vita. Dal che si vede che la propinazione del veleno si reputa veneficio nel solo caso, che o se ne sia fatto uso, sebbene sia stato innocuo, o non se ne sia fatto uso per semplice effetto del caso. *Alberici. Com. al Cod. de' delitti e delle pene. Osserv. all' art.* 301.

Vedi *Tentativo* §. 3. e 4. *Decisione della corte imperiale della Senna* 11. *maggio* 1811.

VIOLENZA V. *Contratto* §. 7. *Furto* §. 2.

VIOLENZA PUBBLICA §. 1. » È accompagnato da violenza pubblica ogni reato » commesso da un numero non minore di » tre individui riuniti a fine di delinquere, » de' quali due almeno sieno portatori di armi proprie. *Art.* 147. *Leg. pen.*

All'analisi di questo articolo convien premettere la sanzione del rito penale che determina il procedimento pei reati accompagnati dalla pubblica violenza.

» Le gran corti speciali sono competenti a procedere.

» 1. . . .

» 2. Ne' misfatti di pubblica violenza.. *Art.* 426. *Leg. di proced. ne giud. pen.*

La giurisprudenza che la nostra suprema corte di giustizia ha seguita per definire la violenza pubblica è diversa secondo il diverso sistema de' giudizj. Ella l'ha considerata in un modo in linea di procedimento, ed in altro modo in linea di condanna. Tale non uniformità di giudicare, potrebbe indurre in errore, quando non conosciuta secondo i rispettivi giudizj si applicasse indistintamente. Già la violenza pubblica ammette tre requisiti, cioè: 1. riunione di più di tre persone: 2. concerto formato da questa unione ad oggetto di delinquere: 3. armi proprie che due almeno delle persone riunite sieno ad asportare. Li due primi sono comuni per la competenza del giudizio, e per l'applicazione della pena: l'ultimo ha incontrato una diversa intelligenza per l'una, e per l'altra. Discendiamo adunque ad una tale ripartizione mettendo sotto un sol punto di vista le rispettive decisioni, che sono state in diverso tempo su l'oggetto profferite.

1. *Riunione di più di tre persone.*

L'essere molti legittimamente armati, ed uno di essi commettendo un reato senza la intelligenza, e la cooperazione degli altri, non si ha il requisito della riunione. Decisione della già nostra corte di cassazione de' 27 febbraro 1811.

Fatto. La corte criminale speciale di Principato ulteriore nel dì 16 gennaro del corrente anno 1811 profferì la seguente decisione - Visti gli atti a carico de' carcerati Francesco Ruggiero, Antonio d'Angelo, Pasquale d'Angelo di Airola, guardiani preposti

alla custodia delle acque di Carmignano, non men che a carico degli assenti Gennaro Ruggiero, Pasquale Abbenante, ed Andrea Nigro, anche di Airola, e di Vincenzo Caprio di S. Agata de' Goti, da' quali risulta, che - Nella mattina de' 31 del mese di luglio 1810 unitisi li suddetti sette individui, destinati custodi delle acque denominate di Carmignano, tranne il solo Gennaro Ruggiero, che vi si accompagnò senza alcun carattere, tutti armati di fucile, portandosi in giro per spiare, se qualcuno avesse fatto uso di dette acque vietate, perchè addette solo ad animare quei reali molini, e per il comodo della capitale; giunti nella contrada denominata *le Fontanelle*, in tenimento del comune di Verroni, ivi sorpresero Nicola Mataluni, che irrigava un suo piccolo territorio seminato in granone con acqua non proibita, e gl' intimarono l' arresto. Concepì timore detto Mataluni, e buttando a terra la zappa, si pose a fuggire. Tre di essi custodi, cioè Gennaro Ruggiero, Vincenzo Caprio, ed Andrea Nigro li tennero dietro; ma il Gennaro Ruggiero, che precedeva gli altri due, nell' atto dell' inseguimento gli vibrò un colpo di fucile, da cui rimastone detto Mataluni gravemente ferito, di là a pochi momenti finì di vivere, con essergli anche impedito di prestarsi al medesimo negli estremi momenti di sua vita i soccorsi della religione - Visto il real decreto del 1. luglio 1809 relativo alle istallazioni delle corti speciali - Vista la requisitoria del regio proc. gen. - Inteso il rapporto del giudice delegato Nola - Inteso il pub. minist. nelle sue conclusioni. La corte speciale - Considerando, che il delitto di sopra spiegato è compreso nel §. 7 dell' art. 1. del suddetto real decreto - Ha dichiarato e dichiara all' unanimità de' voti, che la presente causa è di competenza della corte speciale, la quale deve procedere sul delitto di sopra enunciato - Contro di tal decisione produssero ricorso per cassazione Francesco Ruggiero, Antonio, e Gennaro d' Angelo, dicendo di non esservi adunamento vietato per commettere delitto, mentr' essendo essi preposti alle acque, giravano uniti, ed armati per tale custodia.

» Udito il rapporto: Ed inteso il regio proc. gen. sostituto Cianciulli, il quale ha fatto le seguenti conclusioni - Nel ricorso di cassazione prodotto da' prevenuti Francesco Ruggiero, Antonio, e Pasquale d' Angelo contro alla decisione di competenza speciale pronunziata dalla corte di Avellino, il pub. minist. osserva, che il delitto di arresto, ed inseguimento arbitrario commesso contra Nicola Mataluni sia essenzialmente compreso nell' articolo 100 della legge penale de' 20 maggio 1808 e nel n. 7. dell' art. 1. del real decreto del 1. luglio 1809. Quindi conchiude, che la gran corte rigetti il ricorso.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio - Vista la decisione - Visto il ricorso per cassazione - Considerando, che dai fatti consegnati nella decisione profferita dalla corte criminale, e speciale di Avellino a dì 11 gennaro corrente anno, si ha per indubitato, che i sette individui armati in quella descritti non si adunarono per commettere delitto; ma giravano uniti, per custodire le acque denominate di Carmignano, addette soltanto ad animare i reali molini, e per il comodo di questa capitale, portandosi in giro per spiare, se qualcheduno avesse fatto uso di dette acque vietate.

» Considerando, che l' essersi da dette persone intimato a Nicola Mataluni l'arresto in atto, che irrigava un suo territorio, abbenchè con acqua, che in detta decisione si dice non proibita, e l' averlo seguito dietro tre di esse persone in atto della fuga, che intraprese alla intimazione di arresto, non possono dirsi assolutamente azioni criminose, poichè il fermare detto Mataluni, potea avere per oggetto l' esame della qualità di quell' acqua, di cui egli irrigava il suo territorio, per assicurarsi, se fosse, o no proibita - Considerando, che l' omicidio da uno soltanto di essi fu commesso, nè vi concorse la menoma cooperazione degli altri, ne siegue per conseguenza, che 'l §. 7 dell' art. 1. del real decreto del 1. luglio 1809 relativo alla istallazione delle corti speciali, siasi dalla corte malamente adattato al caso, di cui è quistione.

» Per siffatte considerazioni la gran corte cassa, ed annulla la decisione suddetta con cui la presente causa si è dichiarata di compe-

tenza di corte speciale, e la rinvia alla corte ordinaria di detta provincia di Principato Ulteriore. »

Attenendosi ai medesimi principj la stessa corte di cassazione decise uniformemente nel dì 20 marzo 1811.

Fatto. La corte speciale della provincia di Principato ulteriore nel dì 20 febbraro del corrente anno 1811 si dichiarò competente a procedere nella causa de' notati individui colla seguente decisione - Risulta dagli atti, che nella sera de' 9 del mese di febbraro 1809 andando divertendosi per l' abitato di Pietralcina Fortunato Jadanza, e Luigi Pilla suonando un calascione, fu questo acassato con un colpo di mazza da Pietro Cardone soprannominato Zarriffo, ch' era in unione di Giorgio, e Domenico Zizzano, di Tommaso, e di altri, ingelosito detto Cardone, che li suddetti Pilla, e Jadanza avessero suonato, e cantato sotto la finestra della sua innamorata. Seguì indi una zuffa tra detti Cardone, Pilla, e Jadanza, la quale sebbene fosse in principio rimasta sedata, pure indi a poco riaccesa tra li medesimi Pilla, Jadanza, Giorgio, e Domenico Zizzano, rimase ucciso con colpi di cangiarro detto Giorgio Zizzano, e ferito con colpi di coltello Domenico Zizzano. Avvenne da ciò, che il giudice di pace del circondario di Fragneto l' abbate avendo dato l' ordine di carcerarsi Tommaso di Tommaso, creduto reo dell' omicidio di detto Zizzano, ed essendo stati incaricati per la carcerazione li nominati Dema, Cocchiarella, e Melillo, e tre altri legionarj loro paesani, li medesimi nella sera de' 17 del mese di giugno detto anno 1809 colla scorta del suddetto Nicola Pilla fratello dell' anzidetto Luigi Pilla, recatisi nella masseria di detto di Tommaso, sita nel tenimento del comune di Pietralcina, ed anzicchè arrestarlo, uno di essi, senzacchè si fusse profferita alcuna parola, senza prima intimare al detto di Tommaso l' arresto, e senzacchè questi avesse opposta la menoma resistenza, perchè inerme, gli vibrò un colpo di fucile, dal quale ne rimase gravemente ferito, ed indi moribondo, malgrado, che avesse implorato ajuto, e confessione, vollero assolutamente adattarlo sopra di un somiero, per condurlo nelle prigioni; ma non fatto poco tratto di cammino, il medesimo venne a morire per causa della riportata ferita.

» Vista la requisitoria del regio proc. generale

» Visto il real decreto del 1 luglio 1809 sulla creazione delle corti speciali.

» Inteso il rapporto del giudice delegato Nola: inteso il pub. minist. nelle sue conclusioni - La corte speciale - Considerando che il di sopra enunciato delitto è compreso nel §. 7. dell' art. 1. del real decreto - Ha dichiarato, e dichiara all' unanimità de' voti, che la presente causa è di competenza della corte speciale, la quale deve procedere sul delitto di sopra spiegato colla qualità delegata.

» Contro di tal decisione il solo Desiderio Dema produsse ricorso per cassazione, dicendo, che l' adunamento fu legittimo, ed il delitto fu commesso da un solo.

» Udito il rapporto, ed inteso il pub. minist. nelle sue verbali conclusioni, colle quali ha chiesto di cassarsi la suddetta decisione, e rinviarsi la causa alla corte criminale della stessa provincia - La gran corte deliberando nella camera del consiglio - Vista la decisione: Visto il ricorso per cassazione - Facendo dritto alle conclusioni del minist. pub.

» Considerando, che dai fatti espressi nella decisione si ha che l' omicidio fu commesso da un solo de' prevenuti, e che essi non si adunarono, che per eseguire gli ordini della giustizia; dal che ne segue, che il delitto fu commesso da uno alla presenza di più persone, non già con adunamento di più persone a' termini dell' art. 7 del real decreto del 1. luglio 1809. ...

» Perciò la gran corte cassa, ed annulla detta decisione della corte criminale speciale di Principato ultra per falsa applicazione del n. 7 dell' art. 1. del real decreto del 1. luglio 1809, e rimette la causa alla corte criminale ordinaria della stessa provincia. »

Con decisione de' 11 febbraro 1811 si consacrò finalmente il principio, che se di tre individui armati, uno rimane lontano dagli altri, che commettono un reato non si ha concerto, e adunamento di persone.

» *Fatto.* La corte speciale di Principato citra con decisione pronunziata il dì 15 del prossimo scorso gennaro per effetto dell' ar-

ticolo 1 n.° 7 del real decreto del 1 luglio 1809 si dichiarò competente a procedere nella causa di Domenico d'Auria detenuto, e degli assenti Francesco Pastore, ed Andrea Fiore incolpati di pubblica violenza, con aver in comitiva armata di notte tempo assalita l'abitazione di Serafina Forte moglie di Gio. Sarrabba; con aver tentato di trasportarla ad oggetto di abusare del di lei onore; con essersi finti esecutori di ordine del signor Francesco Barone capo de' cittadini armati; e coll' aver ferito, col pericolo di vita, il di lei cugino Antonio Barone, che trovavasi in compagnia della medesima, il qual pericolo persistè sin dopo il decimo giorno. La corte considerò, che rilevavasi dagli atti di essersi portate nella sera de' 22 ottobre 1810 due persone armate nella casa di Serafina Forte, Domenico d' Auria, cioè, e Francesco Pastore, dove ferirono l' Antonio Barone, e pretendevano violentemente di far calare nella strada la Serafina: e considerò, che sebbene nella casa fossero salite le suddette due persone, nondimeno nella strada era rimasta una terza persona per nome Andrea Fiore, la quale nell' andarsene le prime due, si unì colle medesime.

» Contro di tal decisione l'imputato d' Auria produsse ricorso per cassazione assumendo, che nel delitto non vi fu il concorso di tre persone, nè queste erano armate: che non doveasi attendere il detto degli offesi sulla esistenza del terzo: e che neppure su tal proposito dovea attendersi la pubblica voce.

» Udito il rapporto: ed inteso il regio proc. gen. sostituto Cianciulli che colle sue verbali conclusioni, ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio -- Vista la decisione: visto il ricorso: viste le altre carte rimesse all' uopo.

» Considerando che da fatti consegnati nella decisione, rilevasi, che la pubblica violenza fu commessa da due legionarj, ed il terzo che andava con essi unito, ed armato, si rimase nella strada, nè andò cogli altri due ad assalire la causa di Serafina Forte; dal che segue, che il medesimo non cooperò nel delitto; onde non fu commesso con adunamento di tre persone a' termini del n. 7 dell' art. 1 del real decreto del 1 luglio 1809.

» Considerando che la corte non ha adottato nella sua decisione il detto degli offesi in ciò, che il terzo legionario s' impostò entro il cortile della Serafina, dicendosi nella decisione, ch'egli si rimase nella strada; e quindi non può attendersi la circostanza riferita in un foglio privato a parte, sottoscritto dal giudice relatore col visto del procuratore regio, che li due assaliti Serafina Forte, ed Antonio Barone videro nel cortile una terza persona armata, ed impostata; la qual circostanza formerebbe l' adunamento al delitto.

» Per tali motivi la gran corte cassa, ed annulla la decisione suddetta, ed ordina, che si proceda dalla corte criminale ordinaria della provincia. »

Vedi *Furto* §. 2. Decisioni de' 21 e 15 gennaro 1823.

Vedi anche *Stupro* §. 8. Decisione de' 23 febbraro 1820.

2.° *Concerto formato da questa unione ad oggetto di delinquere.*

La corte di cassazione consacrò la massima che la riunione delle persone armate nella soggetta specie dev' essere concertata pel misfatto. Decisione de' 25 novembre 1813.

Fatto. Onofrio Sarno con quattro suoi compagni fu imputato di tentato stupro violento. La corte speciale di Salerno si dichiarò competente in questa causa in vigore del num. 7 dell' art. 1 del decreto 1 luglio 1809.

» Ricorso sul motivo che tutto quest' articolo 1 parla di misfatti consumati, e non già di misfatti tentati.

» Udito il rapporto ec. ec.

» La corte di cassazione facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Atteso che la distinzione adottata dal ricorrente tra misfatti speciali, e tentativi de' misfatti stessi, non si desume dallo spirito, nè dalla lettera del sopra espresso decreto, ed in conseguenza non è adattabile.

» Considerando d' altronde che per un principio indubitato di dritto, per aver luogo la competenza speciale l' adunamento delle persone, l' armamento delle stesse o di

una di loro dev' essere concertato e coordinato al misfatto: qualità che lungi dal consacrarsi dalla corte speciale, viene dalla stessa decisione distrutta; perchè stabilisce l'incontro de' cinque giovani colla donna essere stato meramente casuale, e senza precedente concerto.

» Per queste considerazioni la corte suprema senz' arrestarsi al mezzo prodotto, cassa di officio la decisione profferita dalla corte speciale di Salerno a' 4 ottobre del corrente anno, ed ordina che la corte criminale della stessa provincia proceda nella causa. Fatto ec. ec. »

La suprema corte di giustizia con decisione de' 7 novembre 1817 dichiarò che l' appostamento contiene in se stesso il concerto.

Fatto. La gran corte speciale di Basilicata nella decisione de' 2 agosto 1817 con cui si dichiarò competente nella causa di Gerardo Chieppe, e Tommaso Lovallo disse soltanto che appostati costoro insieme con un altro avevano commesso un omicidio.

» Ricorso sul motivo che non si erano spiegati gli elementi di fatto costitutivi del concerto precedente da cui potesse desumersi l' adunamento armato voluto dal num. 7 dell' art. 1 del decreto 1 luglio 1809.

» Udito il rapporto ec. ec. La corte suprema di giustizia facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Atteso che l' allegato mezzo non sussiste in fatto; poichè l' appostamento contiene in se il concerto; ond' è che la competenza è stata spiegata a norma della legge.

» Rigetta il ricorso. »

Vedi ancora *Furto* §. 2. Decisione de' 22 febbraro 1820.

3.° *Armi proprie che due almeno delle persone riunite debbono asportare.*

La giurisprudenza della corte di cassazione è stata varia su la qualità delle armi adoperate nei reati di violenza pubblica, così nel giudicare in linea di competenza che nel giudicare in linea di condanna. Seguendo la varietà medesima, esaminiamo dapprima le decisioni per le quali la competenza speciale è stata spiegata pel concorso delle armi ora *proprie*, ed ora *improprie*.

La nostra gran corte di cassazione con decisione de' 21 novembre 1812 dichiarò le scuri armi *proprie* maggiormente perchè adoperate per offendere.

» *Fatto*. La corte speciale della provincia di terra di Bari con decisione de' 3 settembre dell' anno corrente 1812 dichiarò di sua competenza la causa di Giuseppe Ignazio Esposito imputato di furto commesso in pubblica via con adunamento di persone armate di accetta oltre al numero di tre, e di ferite pericolose di vita in persona di Cataldo Leone, Savino Losito, e Cataldo Musciani.

» L' imputato Esposito impugnò tal decisione con ricorso per cassazione assumendo, che non potendo dirsi armi porprie le accette, non poteano riputarsi armate le persone concorse al delitto, ed in conseguenza non potea darsi luogo a competenza speciale.

» Udito il rapporto; ed inteso l' avvocato generale cavaliere Nicolini, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La corte, deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso per cassazione.

» Attento che strano sarebbe il non riputar armi le scuri, e gli altri strumenti perforanti, e taglienti, sol perchè possono si le une, che gli altri servir contemporaneamente ad un doppio uso, a quello cioè della vita, e ad offendere, quando il fatto dimostri, che sieno stati unicamente adoperati pel secondo fine.

» Attento che ogni altra considerazione a questo proposito è puramente superflua sol che si ponga mente all' articolo 101 del codice penale attualmente in vigore.

» Attento che ogni misfatto commesso a mano armata precedente concerto, ed in unione di persone al numero di tre almeno è di competenza delle corti speciali.

» Visti i numeri 6 e 7 dell' articolo 1 del real decreto del 1 luglio 1809 rigetta il ricorso.

Uniformemente ai medesimi principj la stessa gran corte decise a' 21 settembre 1813.

» *Fatto*. La corte speciale di Calabria ulteriore con decisione emessa il dì 2 agosto del corrente anno 1813 dichiarò esser di sua

competenza la causa dei detenuti Girolamo, e Domenico Mammone, padre, e figlio, non che dell'assente Antonio Mazzitelli, pronipote del Girolamo, imputati tutti e tre di assassinio commesso a colpi di scure, in tempo di notte, nelle persone de' conjugi Antonio Mammone, e Maria Jerocades. La corte in tal rincontro invocò l'articolo 1. n. 7 del real decreto, 1 luglio 1809: gl'imputati Mammone impugnarono tal decisione con ricorso per cassazione assumendo, che non poteva aver luogo il procedimento speciale, mentre le armi feritrici non eran vietate dalle leggi, ed erano addette agli usi ordinarj della vita, e che per aprirsi un procedimento speciale necessario sia, che oltre al numero di tre persone, una di esse sia armata con arme vietata dalla legge.

« Udito il rapporto: inteso il signor Domenico Tommasi avvocato dei ricorrenti: ed inteso l'avvocato generale cavaliere Nicolini, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso:

» La corte deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso per cassazione:

» Atteso che dalla decisione della corte speciale di Monteleone de' 2 agosto 1813 apparisca, che l'omicidio avvenuto in persona de' conjugi Antonio Mammone, e Maria Jerocades sia stato commesso da tre persone riunite, ed a colpi di scure.

» Atteso che il concorso di queste due circostanze per le note disposizioni di legge basti a far dichiarare qualunque misfatto, e delitto tentato, o consumato di competenza delle corti speciali.

» Atteso che nulla rileva per evitare la giurisdizione indicata la circostanza opposta dai ricorrenti dell'arma impropria, con cui l'omicidio è stato commesso 1.° perchè il codice attuale, sotto il di cui impero il misfatto è avvenuto, non riconosce in quanto alle armi la distinzione di propria, ed impropria: 2.° perchè a nulla cosa giovava ugualmente sotto il codice antico, ove le armi improprie fossero state scelte con precedente disegno all'esecuzione del delitto, ed atte a consumarlo. Rigetta il ricorso.

La stessa gran corte di cassazione a 14 gennaro 1815 consagrò poi la massima, che i bastoni non sono armi proprie, abbenchè coi medesimi si fosse commesso un assassinio.

» *Fatto* - La corte speciale di Calabria ulteriore con decisione de' 29 ottobre 1814 dichiarò di sua competenza la causa di Carmine Tallerico Moscone, Francesco Pettinato Comito, imputati di assassinio commesso a colpi di bastoni, in persona di Antonio Riggio per causa di furto, e con furto. La corte invocò l'art. 1. n. 7 del real decreto 1. luglio 1809. Gli imputati si provvidero di ricorso per cassazione assumendo 1. Che mancava l'adunamento a fine di delinquere: 2. Che non erano essi armati.

» Udito il rapporto; ed inteso l'avvocato generale cavalier Nicolini, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto la cassazione della decisione.

» Vista la decisione: Visto il ricorso.

» Viste le circolari de' 14 novembre 1809, 24 febraro, e 8 settembre 1820. Visto il real decreto de' 26 gennaro 1810 n. 8. Visto il real decreto del 1. luglio 1809.

» Atteso che per darsi luogo al procedimento speciale non solo è necessario, che il misfatto sia stato commesso da tre persone riunite all'oggetto di commetterlo; ma è necessario altresì, che alcune di esse sia provveduta di armi proprie, che certamente non sono i bastoni.

» Cassa la suddetta decisione, ed ordina, che per detta causa proceda la corte criminale della stessa provincia. »

Secondo la stessa massima si giudicò a 26 gennaro 1815 dichiarandosi per armi improprie le pietre, e le accette.

» *Fatto* - La corte speciale della prima provincia di Abruzzo ulteriore, e con decisione del dì 1. dicembre 1814 dichiarò di sua competenza la causa di Domenico Fioravante, Serafino di Sabatino, e Giovanni Ferrante imputati di furto di sei misure di grano turco, commesso in un campo seminato di tal genere, di notte tempo, con offese a colpi di pietre in persona del dirubato Domenico Barlaam, e mentre erano armati di accette. La corte invocò all'uopo l'art. 1. n. 7 del real decreto del dì 1. luglio 1809.

» I tre imputati si provvidero di ricorso per cassazione assumendo 1. Che il procedimento speciale era stato accordato pei furti sulle pubbliche strade, e nella case abitate di campagna, non già ne' campi aperti: 2. Che l'oggetto di prendere poche spighe di grano non è certamente paragonabile a quel furto, che vuol la legge punire: 3. Che mancava il concorso delle armi nel senso della legge, giacchè il bidente, e l'accetta sono i strumenti dell'arte di campagna, ne sono da assomigliarsi alle armi dette propriamente: 4. Che l'idea delle armi, secondo l'art. 101 del codice penale, può prendersi ove si tratti di applicar la pena, e non già dove si tratti di competenza speciale, la cui norma dee prendersi da quelle disposizioni legali, che la fissarono.

» Udito il rapporto; ed inteso l'avvocato generale cavaliere Winspeare, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto di cassarsi la decisione suddetta.

» La corte deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero.

» Vista la decisione: Visto il ricorso.

» Considerando, che il primo mezzo di cassazione proposto dai ricorrenti non sussiste in dritto, poicchè l'art. 7 del real decreto del 1. luglio 1809, accorda la specialità a tutt'i delitti commessi con la riunione di tre persone almeno.

» Considerando, che il secondo mezzo non sussiste in fatto, poicchè i ricorrenti furono sorpresi dai dirubati nell'atto, che rubavano.

» Considerando sul terzo, e quarto mezzo, che gli strumenti de' quali eran provisti gl'imputati nell'atto del furto, cioè le pietre, e l'accetta non sono tra la classe delle armi, delle quali parla lo statuto penale de' 26 gennaro 1810 e propriamente gli articoli 8 e 9 del medesimo, il quale deve servir di norma nelle quistioni di competenza, giusta la ministeriale de' 24 febraro 1810, approvata da S. M.

» Considerando, che l'art. 101 del codice penale, il quale comprende sotto la parola *arma* qualunque strumento atto ad offendere non è applicabile ne' giudizj di competenza, ma può solo esser considerato in quanto alla pena; poicchè non avendo il detto codice penale nulla innovato in materia di competenza, ed avendo incominciato ad essere in vigore posteriormente al real decreto del 1. luglio 1809, che fissa la competenza delle corti speciali, questa deve venir regolata con le leggi vigenti all'epoca suddetta del 1809.

» Per questi motivi la corte suprema rigetta il 1. e 2. mezzo; e facendo dritto al terzo, e quarto, cassa la decisione della corte speciale di Teramo, e rimette la causa alla corte criminale dello stesso luogo. »

Finalmente la suprema corte di giustizia applicando l'articolo 147 delle nostre leggi penali, decise a 21 marzo 1823, che sono a considerarsi armi proprie quelle legittimamente asportate da individui della guardia di sicurezza, per mezzo delle quali si delinque.

» *Fatto*- Il pub. minist. presso la gran corte criminale di Lecce nel dì 5 novembre 1822 diè fuori un suo atto, col quale accusò.

» 1. Pasquale Arnesano di stupro violento, con ajuto scambievole, in riunione armata, in persona di Prudenzia Ligori.

» 2. Lo stesso Arnesano, e Giovanni Scimenes di stupro violento colle medesime circostanze nelle persone di Lucia, e Cosima Saracino.

» 3. Il medesimo Arnesano di omicidio con premeditazione, e con aguato, e con pubblica violenza in persona di Gesualdo Carrozzo.

» 4. Giovanni Scimenes, e Felice Capocelli di omicidio con premeditazione, ed in riunione armata nelle persone de' detenuti Santo Capoccia, e Giosuè Cagnazzo:

» 5. Marino Capocelli di complicità come mandante all'omicidio con premeditazione in persona di Giuseppe Maria de Castris.

» 6. Lo stesso Marino Capocelli di complicità nell'omicidio con premeditazione nelle persone de' suddetti Capoccia, e Cagoazzo.

» 7. Il sudetto Arnesano di reiterazione di più di due misfatti, non che Giovanni Scimenes, e Marino Capocelli di reiterazione de' due misfatti.

» Quindi richiese, che si fosse proceduto contro de' medesimi con rito speciale.

» La gran corte con decisione de' 13 dicem-

bre 1822 dichiarò i suddetti Arnesano, Scimenes, e Capocelli in legittimo stato di accusa, ed ordinò di procedersi contro di essi innanzi la gran corte speciale.

» Contro di questa decisione i soli Felice, e Marino Capocelli hanno prodotto ricorso per annullamento fondato ne' seguenti mezzi.

» Per l' omicidio nelle persone di Capoccia, e Cagnazzo manca la riunione armata a fine di delinquere, giacchè l' armamento, e la riunione erano legittimi, essendo essi individui della guardia di sicurezza.

» La pruova generica delle ferite riportate da' suddetti Capoccia, e Cagnazzo dimostrano, che gli omicidj erano legittimi. Intanto la gran corte ha poggiata l'accusa su di pure assertive.

» Udito il rapporto, ed inteso il regio procur. generale Corbi, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. ministero.

» Vista la decisione: Visto il ricorso.

» Attesochè l' art. 147 delle leggi penali dichiara accompagnati da violenza pubblica i reati commessi *da un numero non minore di tre individui, riuniti a fine di delinquere, de' quali due almeno sieno portatori di armi proprie*, senza far motto se le armi medesime si asportassero legalmente, o illegalmente, e che dal fatto consegnato nella decisione relativamente all' omicidio di Capoccia, e Cagnazzo rilevasi, che lo stesso fu commesso dietro precedente concerto, e da tre persone, due delle quali portavano *armi proprie*, per cui concorrono nelle medesime tutte le circostanze in detto articolo contenute, la competenza speciale fu ritualmente spiegata:

» Atteso che quanto si è allegato col secondo mezzo riguarda delle circostanze, che non possono valutarsi se non da' giudici del fatto dietro la pubblica discussione.

» Rigetta il ricorso. »

In riguardo poi alla pena da applicarsi al reato eseguito colle armi *improprie* non vi è stato luogo ad alcuna distinzione. La corte di cassazione ha in questo caso valutati gli effetti che tali armi, adoperate con violenza, han prodotto.

1. Decisione de' 2 dicembre 1815.

» *Fatto*. Stefano Ranalli accusato di furto in campagna in unione maggiore di tre persone, eseguito in tempo di notte, e con violenza che lasciarono tracce di ferite in persona del dirubato, fu sottopposto alla corte speciale di Teramo. La corte di cassazione annullò questa decisione di competenza perchè gl'imputati avevano fatto uso di armi *improprie* e non *proprie* e rinviò la causa alla corte criminale.

» La corte criminale con decisione de' 16 agosto 1815 convinse il reo di furto commesso con violenza, di notte, in atto ch' era portatore di armi apparenti, lasciando tracce di ferite, e gli applicò l'articolo 382 del codice pen.

» Ricorso: 1.° mezzo. Il correo di Ranalli, Felice Ruggiero fu per altri misfatti speciali e pel furto di cui è questione condannato a' lavori forzati perpetui dalla corte speciale. Egli era confesso; e la sua confessione si è poi letta nel dibattimento fatto in corte criminale nella causa di Ranalli. Ma oltre che le sue dichiarazioni sono evidentemente mendaci, egli era tuttavia in prigione quando fu giudicato Ranalli. Poteva dunque esser chiamato ed inteso in dibattimento, poichè non era morto nè assente. La lettura dunque fatta della sua deposizione è illegale e contraria all' art. 180 del regolamento, non che al decreto de' 29 ottobre 1810.

» 2.° Mezzo. Vi è un giudicato della corte suprema che le violenze delle quali è questione sieno state commesse senz'armi proprie. Se la mancanza di queste rese inefficace la dichiarazione di competenza speciale, molto più dee render tale la dichiarazione di reità con la qualifica delle armi.

» Inteso il rapporto ec. ec. ec.

» La corte di cassazione ec. ec. facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Visto l'articolo 180 del regolamento. Visto il decreto de' 29 ottobre 1810.

» Attesocchè la confessione del correo Felice Ruggiero apparisce dagli atti essere stata spontanea e giurata, come anche rettificata in

dibattimento con nuovo giuramento in faccia degli imputati nella corte speciale, e sebbene avrebbe potuto di nuovo sentirsi nella corte criminale, perchè trovavasi tuttavia in prigione, egli però era morto civilmente per effetto della condanna, e sarebbe stato illegale l'attribuirgli l'esercizio di un dritto, laddove tutti i dritti erano in lui estinti. Quindi regolarmente la corte procedè alla lettura delle di lui dichiarazioni giurate: e se il decreto de' 29 ottobre 1810 autorizza la corte a dar lettura delle dichiarazioni de' testimonj morti o assenti, con maggior ragione dovevano leggersi le dichiarazioni giurate di Ruggiero morto civilmente, le quali erano state anche dibattute cogl' imputati.

» Attesocchè le osservazioni che nel ricorso si fanno per distruggere la fede che dovea prestarsi al confesso, attaccono il criterio morale de' giudici, il quale è sottratto all' impero di questa corte suprema.

» Attesocchè nel furto di cui è questione, le violenze lasciarono tracce di contusioni e ferite, e l' articolo 382 del cod. penale non richiede che le stesse sieno commesse con armi o armi *proprie*, ma richiede la esistenza di esse: e se la corte di cassazione dichiarò incompetente la corte speciale, perchè il furto fu commesso con armi *improprie*, non può trarsi da ciò ragione per dirsi la pena irrogata incorrispondente alla legge; giacchè questa richiede soltanto la esistenza delle contusioni o ferite, che abbiano cagionata le violenze adoperate nel furto senza distinguere da quali armi sieno state prodotte. Rigetta il ricorso.

2. Decisione de' 24 settembre 1816.

» *Fatto*. Carmine de Luca in unione di altri al numero maggiore di tre era accusato di furto qualificato colla qualità della notte, e di essere i rel armati di lunghi pali, in uno de' quali luccicava la punta, come se vi fosse una bajonetta. Ricorso.

» Udito il rapporto ec. ec.

» La corte di cassazione facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Considerando in dritto che quando la legge ha contemplato le armi che sono intervenute nella esecuzione di un reato come cause determinanti la competenza del foro che dovea giudicarlo, ha voluto che per venir sottoposto alla giurisdizione speciale le armi fossero di quella specie che il codice de' 20 maggio 1808 distingueva col nome di *proprie*, come ciò manifestamente risulta dal concorde tenore dell' articolo 92 n. 7 della legge suddetta, dalla ministeriale portante la voce del governo degli 11 novembre 1809 e dall' articolo 8 del decreto de' 26 gennaro 1810: che quando all' incontro ha essa considerato le armi adoperate nei rapporti della pena dovuta al reato con esse eseguito, e come circostanza aggravante la sua punibilità, ha chiamato *armi* indistintamente ciò che in mano dell' agente ne avea fatto le veci, e prodotto il medesimo effetto, come risulta dall' articolo 101 del cod. pen.

» Considerando che nella esistenza di questa doppia volontà della legge non vi è dubbio alcuno che i caratteri che il legislatore contempla in un reato, quando ne stabilisce la pena, sono essenzialmente diversi da quelli che esso dee tener presenti quando determina il foro da cui dee rimaner giudicato; che posson quindi due codici quando l'uno sia di procedura, e l'altro penale, contenere, riguardo al medesimo oggetto delle armi contemplate sotto diversi rapporti, delle disposizioni diverse, senza che si trovino in contraddizione fra loro, e che sieno eseguibili entrambi.

» Considerando in fatto che il giudizio contro cui si è ricorso è di competenza, e non già di candanna; che non possono dunque riguardo alle armi tenersi presenti altre disposizioni che quelle analoghe alla natura del giudizio enunciato; che quelle di cui i tre imputati si servirono secondo la espressione usata dalla corte, non possono riferirsi ad *armi proprie*, poichè tali non sono i lunghi pali di legno, e tale non può dirsi l' altro palo nella cui punta fu osservata una cosa lucida senza specificarne la qualità; e che perciò manca nel soggetto caso uno degli estremi necessarj a dichiarare la competenza speciale, come la corte di Abruzzo citeriore ha fatto.

» Per tutte queste ragioni cassa la decisione, ed ordina che per detta causa proceda la corte criminale colla giurisdizione ordinaria. »

» §. 2. Qualunque reato accompagnato da

» violenza pubblica è punito con un grado » di più della pena stabilita contro il medesimo, quante volte non fosse stato accompagnato da pubblica violenza.

» Per la seconda circostanza della violenza pubblica non potrà darsi la morte come accrescimento di grado; se non sia questa pena ordinata dalla legge in alcuni casi particolari. *Art.* 149. *Leg. pen.*

Colla serie delle decisioni riportate nell'esame dell' articolo precedente si è osservato che la pubblica violenza ha presa nell' ordine de' giudizj una doppia considerazione: 1.° il concorso delle armi *proprie* nel concerto di delinquere, e nel numero delle persone per dichiarare il reato di procedimento speciale: 2.° la ritma distinzione delle armi *proprie* o *improprie* per l'applicazione della pena. Ciò premesso: il reato, che accompagnato dalla violenza pubblica dee più gravemente punirsi, ricerca esclusivamente il concorso delle armi proprie?

Designati dall' articolo 147 i caratteri della pubblica violenza, la soluzione del dubbio è semplicissima. Senza seguir le regole di analogia nella misura delle circostanze del reato, vediamo determinatamente espresso che la qualità delle armi *proprie* debba essere uno de' di lei particolari requisiti. Quindi ogni reato cui concorrono questi requisiti, per l' articolo 149 soggiace di dritto all' aumento della pena.

Ma in virtù dei principj consagrati dalla suprema corte di giustizia, si verrebbe a cadere in una opposta conseguenza; imperciocchè dovendosi per norma della condanna valutare il danno, senza distinguere la proprietà o improprietà delle armi che lo hanno prodotto, risulterebbe, che anche il concorso delle armi improprie costituisce la pubblica violenza. Argomento maggiore ne porgerebbe il dritto romano, quando si voglia mettere in rapporto il dolo col fatto dell'agente per la punizione di un reato che in se riunisce l'adunamento di molti, e 'l danno avvenuto. Difatti in due responsi il giureconsulto Paolo riguarda colpevoli di violenza pubblica non solo quelli che delinquono armati di armi proprie, ma quelli ancora che in delinquere asportino un istrumento qualunque atto a nuocere, e che di fatti nuocciano col medesimo. *Armatos non utique eos intelligere debemus qui tela habuerint, sed etiam eos qui habent aliud quod nocere potest.* L. 9. D. ad Leg. jul. de vi pub. *Hi qui aedes alienas, aut villas expilaverint, effregerint, expugnaverint, si quidem in turba cum telis fecerint, capite puniuntur. Telorum autem appellatione omnia, ex quibus singuli homines nocere possunt, accipiuntur. L. 11. D. eod.*

Messe a calcolo queste teorie per applicarle alla nostra ipotesi, ecco le osservazioni che ne potrebbero discendere. Se più individui si uniscono per un misfatto, e per più facilmente riuscirvi, eludendo il rigore della legge, si armano d'istrumenti, abbenchè non qualificati armi *proprie*, capaci però di offendere, d'onde adoperati producono le ferite o la morte; questi istrumenti, che nel disegno de' colpevoli, nel loro uso, e nel danno prodotto spiegano tutta l' efficacia della lor proprietà, pare, che manifestano abbastanza il requisito della pubblica violenza. Non siamo già al caso di definire l' indole del procedimento, ma di applicare la pena; vale a dire siamo al caso di doversi giudicare sul fatto permanente del misfatto, e valutare col danno il concerto di commetterlo, il modo come si è commesso, ed i mezzi che ne sono stati adoperati. Ciò importa, che dall' uso degl' indicati istrumenti risultando all' opposto un' atto di violenza qualunque senza danno, questa non mai può qualificarsi pubblica. In somma si direbbe con Brunnemanno che il semplice aspetto delle armi non costituisce la pubblica violenza; ma la riunione degl' individui e le armi da costoro adoperati per delinquere sono le circostanze che la producano. *Committitur vis publica, si quis arma, quibus aliis nocere possit, in aedibus, vel in villa comportaverit citra probabilem causam, quod intelligendum non de simplici possessione armorum sed de coaetione plurium, et variorum armorum ad inferendam vim aptorum. Brunnemanni Comment. ad Pand. in L. 1. ad Leg. jul. de vi pub.*

Piena la mente di queste idee, nell'esame della resistenza alla forza pubblica, considerammo i semplici bastoni per armi *proprie*,

allorchè solo adoperandosi producono danno permanente; ed in conseguenza li credemmo capaci a costituire il requisito della violenza pubblica (Vedi. *Resistenza alla forza pubblica* §. 4). Analizzammo la loro proprietà dagli effetti colpevoli, considerati sotto un triplice rapporto; vale a dire 1.° se sono essi adoperati da individui decisi a resistere, e ad offendere; 2.° se servono a sostenere una opposizione ardimentosa contro gl' incaricati di un pubblico servizio, o contro gli agenti della forza pubblica: 3.° se producono offese permanenti. D' altronde l' indole medesima del misfatto, in cui si spiega un' aperta resistenza alla legge offendendo i di lei esecutori, parea che ben opportunamente gli attribuisse il carattere di pubblica violenza. L' autorità offesa nelle persone che ne sono rivestite era giusto ch' eccitasse un rigore più sensibile nei colpevoli. Quale insulto in far servire i più vili istrumenti per l' oltraggio della legge, e di coloro, che sono delegati a sostenerla! La loro medesima leggierezza vedesi animata dal più deciso ardimento; ed il misfatto, anzicchè risultare dai mezzi imperiosi delle armi adoperate dai colpevoli, diviene il solo prodotto del di costoro animo perverso.

Ma in riesaminare più accuratamente la stessa questione, ci è mestieri abbandonare il precedente parere. Siamo obbligati di accogliere altra idea, rispettando una sanzione scritta, che in linea di fatto decide diversamente il dubbio, sia in ragione del disegno precedente, sia in ragione del modo come si delinque. La stessa qualità delle armi *proprie* che nel nostro caso definisce più grave il misfatto, esclude ogni conoscenza su l' indole del dolo; in modo che qualunque sia il danno prodotto dalle armi *improprie* non si ha mai la violenza pubblica. Conviene attenerci alla parola del nostro articolo 147 da cui viene chiaramente espresso, che uno de' di lei requisiti debba essere l' asportazione delle armi *proprie*. Nè per conciliarne gli estremi sembra convenevole di ricorrere all' autorità del dritto romano, oppure alla distinzione delle massime adottate dalla nostra corte regolatrice, in riguardo ai sistemi diversi di competenza, e di condanna. (*Vedi il* §. *precedente. Decisioni de' 2 dicembre* 1815 *e* 24 *settembre* 1816.) Attenendoci alla legge seguiamo altro ragionamento. Ci limitiamo a sostenere, che nella soggetta specie il legislatore non ha inteso di distinguere i casi tra il danno avvenuto, e la niuna traccia lasciata dal reato, quando i delinquenti fossero asportatori di armi *improprie*. Data una impronta alla qualità di un reato, le parti debbono corrispondere al fatto nel modo stesso come sono circoscritte dalla legge. Quindi applicando le parole del cennato articolo 147 alla soluzione del nostro dubbio, siamo pecisamente a conchiudere che il concorso delle armi proprie in ogni reato, viene a qualificarlo commesso colla pubblica violenza; e perciò ne aumenta la pena.

Nondimeno è a desiderarsi, che nel caso della resistenza alla forza pubblica, qualunque sieno le armi che si adoperano dai delinquenti, venga sanzionata una eccezione alla regola generale. In ponderare la gravezza di tutte le circostanze, che concorrono in questo misfatto, pare che oltre il disegno di delinquere, e la riunione delle persone armate con armi *improprie*, l' autorità della legge direttamente offesa ne' di lei esecutori, assume un carattere più interessante a punirsi. Staccar dunque questo caso dalla violenza pubblica sol perchè le armi adoperate dai delinquenti non sono *proprie*, è lo stesso, che rispettare la loro *improprietà* nel nome, mentre tutta la loro *proprietà* vedesi poi risultare dai loro effetti nel danno avvenuto. A buon conto non si mette a calcolo la gravezza dei risultamenti, perchè la cagione si è manifestata in un modo piuttosto, che in un altro.

Ma allontaniamoci per poco da questa idea, che potrebbe comparir singolare; e chiudiamo il nostro ragionamento con un pensiere improntato dall' antica giurisprudenza. Pria di compilarsi le Pandette romane la pubblica violenza si distingueva dalla privata in ragione della qualità pubblica nell' offensore, e nell' offeso. *Ante compilationem pandectarum vis publica a privata secernebatur ex persona et delinquentis et patientis, ita ut si horum alteruter publica fuerit persona, vis publica quoque, sin vero privata pariter*

quoque vis privata dicta fuerit. Carpzovii Pract. rer. crim. Quaest. 40 *n.* 5. Se dunque nella resistenza alla forza pubblica il danno maggiore è quello, che si produce contra gli esecutori della legge sol perchè costoro vogliono questa legge eseguire; è ben giusto che con qualunque arma questo danno avviene, la punizione dovrebbe risentirsi più grave dai colpevoli.

UFIZIALI PUBBLICI *Vedi - Atto autentico* §. 1.

UFIZIALI DELLO STATO CIVILE. Vedi *Atti dello stato civile* §. 2.

UFIZIALI INCARICATI del pub. minist. Vedi *Azione penale*.

UFIZIALI CHE DELINQUONO. Vedi *Concussione - Corruzione - Atto arbitrario - Attentato al pudore* §. 2. *Falsità* §. 21. 24 29.

USO - Vedi - *Abitazione*.

USUFRUTTO » §. 1. L'usufrutto è il » dritto di godere delle cose di cui un'altro » ha la proprietà, nel modo che lo stesso » proprietario ne godrebbe, ma col peso di » conservare la sostanza tanto nella materia » che nella forma. *Art.* 503. *Leg. civ.*

Questa definizione è di Paolo.

» Ususfructus est jus (*idest servitus*) alienis rebus (*alienis ideo dicit, quia res sua nemini servit jure servitutis*) utendi, fruendi salva rerum substantia *L.* 1. *D. de usufruct. et quemad. quis utat.*

Celso d'altronde vede l'usufrutto come un dritto che si ha nella cosa, e che esiste colla cosa stessa.

» Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est. *L.* 2. *D. de usufruct. et quemad. etc.*

» §. 2. L'usufrutto è stabilito dalla legge » o dalla volontà dell' uomo. *Art.* 504. » *Leg. civ.*

Per l'usufrutto stabilito dalla legge s'intende quello che ha il padre su i beni del figlio sino a che costui non giunga all'età di anni dieciotto compiti. Vedi *Patria potestà* §. 11.

Cajo indica i casi nei quali per fatto dell'uomo si costituisce l'usufrutto.

» Ususfructus pluribus modis constituitur; ut ecce, si legatus fuerit. Sed et proprietas deducto usufructu legari potest, ut apud heredem maneat usustructus. Constituitur ad haec ususfructus, et in judicio familiae erciscundae, et communi dividundo, si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum. Adquiritur autem nobis ususfructus non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas quoque personas quas juri nostro subjectas habemus. Nihil autem vetat, servo meo herede instituto legari proprietatem, deducto usufructu. *L.* 6. *D. de usufructu et quemad.*

Più precisamente Brunnemanno enumera i modi onde l'usufrutto viene custituito dall'uomo.

» Persequitur haec lex materiam illam, quibus modis ususfructus constitui possit, ut si 1. ususfructus mihi legetur, vel 2. si mihi proprietas legata deducto usufructu; nam tunc penes heredem manet ususfructus ad vitam: 3. a judice et in judicio constituitur, quando de dividenda hereditate, vel alia re communi dividenda agitur. Quando enim res commode dividi non potest, tunc uni proprietas, alteri ususfructus constitui potest. *Brunnemanni Com. in Pand. Lib.* 7. *tit.* 1. *de usufructu. ad L.* 6.

La suprema corte di giustizia a' 3 dicembre 1822 decise che la istituzione di un erede, cui lungi di lasciarsi la proprietà de' beni del defunto, glie se ne vieta l'alienazione, e gli si sostituisce colui che dal medesimo ne sarebbe nato: queste circostanze sono considerate per caratteri legali dell'usufrutto stabilito dalla volontà dell'uomo.

» *Fatto*. La contessa di Acerra D. Maria Giuseppe de Cardenas con testamento mistico de' 22 novembre 1812 per notar Colicchio di Napoli, aperto a' 26, e registrato a 30 dello stesso mese, distinse l'eredità del marito dalla sua propria. Nella prima dopo averla accettata istituì eredi i nipoti dello stesso marito; nella seconda, o sia nella sua propria istituì suoi eredi, e legatarj universali per egual parte i signori D. Antonio, Ferdinando, Giuseppe Vincenzo Spinelli, ed il principe di Strongoli D. Francesco Pignatelli, con diversi pesi, e legati.

» Con atto di citazione del dì primo dicembre 1812 per l'usciere Romano il principe

di Torella chiese, che dal tribunale si dichiarasse nullo l'anzidetto testamento, perchè avea la contessa di Acerra offeso il suo dritto per quella parte de' beni burgensatici, che il conte di Acerra D. Ferdinando de Cardenas aveagli legato uniformemente a ciò, che avea disposto il conte Alfonso di lui padre.

» Con altro atto della stessa data il principe di Scalea Francesco Girolamo Spinelli citò gli eredi testamentarj della contessa Maria Giuseppe a sentir dichiarare, che appartenenano a lui i beni feudali e burgensatici del fu conte di Acerra Alfonso. Diss'egli che Alfonso istituito avea erede universale ne' beni feudali, e burgensatici il suo primogenito Carlo, avendolo gravato di un perpetuo majorasco mascolino saltuario, colla esclusione delle femine alle quali assegnò la sola dote di ducati 6omila; e dopo aver enunciati i diversi ordini di chiamate fatte sempre colla esclusione delle femine, espose essere state le figlie del testatore sorelle di Carlo invitate al godimento del majorasco, colla preferenza dell'età fra loro. Ora essendo morto in gennajo 1803 Ferdinando ultimo maschio della famiglia Cardenas pretese essersi verificata la chiamata di Giovanna prima figlia, di Alfonso, e per essa de' suoi discendenti, cioè Vincenzo, e per conseguente di se qual di lui figlio, ed erede.

» Con un terzo atto di citazione del di 11 febbrajo 1813 per lo stesso usciere Romano la signora Teresa Spinelli contessa di Conversano citò gli eredi testamentarj a comparire nel tribunale civile per sentir dichiarare nullo, supposto, ed illegale il testamento della contessa di Acerra Maria Giuseppa de Cardenas, ed a se appartenere l'eredità, come prossima congiunta della defunta. Furono, come motivi della nullità allegati varj fatti, da'quali ricavasi, che la contessa fosse nella sera de' 22 novembre 1812 incapace di testare, perchè oppressa dalla forza di quel male, che quattro giorni dopo la tolse di vita.

» Con un quarto atto di citazione de' 17 febbrajo per lo stesso usciere Romano, la stessa contessa di Conversano pose in mora gli eredi scritti a dichiarare se intendessero servirsi del testamento di Maria Giuseppa, alla qual domanda avendo costoro affermativamente risposto, la signora Teresa Spinelli s'iscrisse in falso nella cancelleria del tribunale di prima istanza. Cotesto tribunale con sentenza de' 28 giugno 1813, registrata a' 17 luglio, dichiarò inammisibile la querela di falso incidente civile contro al detto testamento. Ordinò, che si supprimessero come ingiuste la iscrizione in falso, e la memoria data alle stampe in sostegno di quella. Dichiarò allo stato non esser luogo a deliberare sul rigetto della domanda principale di nullità, e condannò la contessa di Conversano alle spese. Di tal sentenza avendo Conversano appellato, la già corte di appello nella 2. sezione con decisione de' 27 settembre 1813, registrata a 13 ottobre dichiarò inammisibile, e non pertinente detta querela di falso fatta nella cancelleria del tribunale civile. Salvo alla contessa di Conversano di provvedersi in giustizia innanzi ai primi giudici sopra tutt'i motivi dedotti nell'atto di citazione degli 11 febbrajo 1813 sopra rapportata, e condannò la stessa contessa di Conversano alle spese.

» Terminato il giudizio di falso incidente civile, la contessa di Conversano con nuovo atto di citazione, per lo stesso usciere Romano, propose le stesse cose già dedotte, e rigettate, e domandò, che si ammettesse alle pruove in un giudizio di nullità per que' fatti medesimi dedotti già nel giudizio di falso incidente civile.

» Finalmente con un'altro atto de' 23 agosto 1814 per l'usciere Scoppa, il patrocinatore della contessa di Conversano intimò agli eredi testamentarj un foglio sinallagmatico fatta in triplo originale a 4 febbrajo 1813; in forza del quale i tre attori, cioè il principe di Torella Giuseppe Caracciolo, il principe di Scalea Francesco Girolamo Spinelli, e la contessa di Conversano Teresa Spinelli convennero contendere agli eredi scritti l'eredità loro legata, e determinarono il modo di dividerla fra loro, secondocchè o l'una, o l'altra delle tre azioni fosse riuscita vittoriosa.

» Per virtù di tutt'i precedenti atti la causa della pertinenza de' beni di Alfonzo, e Ferdinando de Cardenas e della nullità del testamento di Maria Giuseppa fu portata all'udienza del tribunale civile di Napoli, il quale la distinse nelle tre seguenti questio-

ni: 1.° concorso tra la figlia dell' ultimo fedecommessario, ed i maschi da femina figlia del fedecommettente: 2.° applicabilità dell' usufrutto formale, o causale: 3.° motivi di nullità tratti dalle forme intrinseche, ed estrinseche del testamento.

» Il tribunale civile con sentenza de' 23 giugno 1819 rigettò le dimande del principe di Scalea, del principe di Torella, e della contessa di Conversano, e li condannò alle spese del giudizio.

» Di tal sentenza avendo costoro appellato, la gran corte civile ha nel secondo esame proposto a se stessa le medesime quistioni, e giudicando uniformemente alla sentenza de' primi giudici, ha con decisione de' 14 agosto 1820 rigettato l' appello: ha ordinato, che la sentenza appellata abbia il suo pieno ed intero effetto; ed ha condannato gli appellanti alla multa, ed alle spese.

» Contro alla stessa decisione si è dagli attori prodotto ricorso per annullamento in questa suprema corte di giustizia fondato sopra i seguenti motivi, i quali si riferiscono a ciascuna delle tre proposte quistioni, o sia a' tre testamenti di Alfonso, Ferdinando, e Maria de Cardenas.

» *Sul testam. di Alfonso.* 1.° Si è snaturata la quistione, dopo detto, che le leggi abolitive de' fedecommessi avean resi liberi i beni in mano de' possessori gravati: si dice, che tal' è il caso in disputa. Ciò non regge, poichè la controversia non cade se ammesso, che Maria Giuseppa fosse stata chiamata al maggiorato di Alfonso dovesse o no restituire; ma se alla morte di Ferdinando nel 1803, tempo in cui reggevano i fedecommessi, Maria Giuseppa figlia di Ferdinando o Maria Giovanna figlia di Alfonso (da cui proviene il dritto ad Eleonora Spinelli) fosse stata chiamata. La disputa è se si resero liberi in mano di Maria Giuseppa, o de' discendenti di Maria Giovanna i beni compresi nella chiamata di Alfonso.

» 2.° Si è falsamente applicata la legge eversiva de' fedecommessi, essendosi confuso il possesso di fatto preso da Maria Giuseppa, col possesso di dritto, e civile, ch'esige la detta legge. Quella ha reso liberi i beni soggetti, ma non ha accordata la proprietà a chi non ne ha dritto, in pregiudizio de' chiamati a tempo dell' abolizione de' fedecommessi.

» 3,° 4.° 5.° Vi è contraddizione aperta fra il fatto ritenuto nella decisione ed il fatto espresso nel testamento di Alfonso, ch' è il titolo autentico su cui fondano il loro dritto i contendenti. Nella decisione si è detto, che il testatore in estinzione della linea mascolina chiamò la femina de' suoi discendenti nel testamento §. 10. Inoltre in tutt' i casi ..... espressamente la chiamata è della figlia primogenita del testatore. Una simile variazione ha prodotto il rigetto della domanda della minore; perchè sostituita alla effettiva chiamata di Maria Giovanna figlia di Alfonso, la chiamata inesistente di Maria Giuseppa figlia di Ferdinando, mancava ogni materia di contesa. Inoltre esiste contraddizione fra le stesse considerazioni della decisione, ed il testamento di Alfonso. La prima considerazione dice, che la chiamata risulta da' diversi casi figurati dal testatore nella inesistenza de' suoi figli a' fratelli: il testatore dice anzi l' opposto, giacchè in mancanza de' figli, e fratelli, esclose le femine della loro linea, chiamò la sua figlia primogenita.

» 6.° La seconda considerazione è in contraddizione del testamento di Alfonso. Dice, che le figlie chiamate a succedere nei feudi vennero gravate nel prezzo de' medesimi in favore de' chiamati al maggiorato, valendosi delle grazie accordate a' baroni; che ciò non potrebbe aver luogo se non a favore di un' agnato più prossimo, e non a favore di una femmina: che il salto da una all' altra linea dovea sempre supporsi a favore de' soli maschi e non a favore di alcune femmine delle linee susseguenti. Ciò è in contraddizione del testamento, che dice l' opposto, essendo chiara, e letterale la volontà del testatore, che non potea escludersi con induzioni, e presunzioni, e si è fatta una falsa applicazione delle pram. 33. 34. e 35 *de feudis*.

» Dandosi luogo alla causa intestata si sono violate le *leggi* 39 e 70 *de adq. vel amit. hered.*, ed altre leggi che fan risultare il confronto della decisione col testamento, la cui analisi si produce come mezzi di annul-

lamento, prodotti nella gran corte civile come mezzi di appello.

» Si soggiunse finalmente, che fra gli altri mezzi di opposizione rigettata dalla gran corte vi era quello, che suppone anche la chiamata di M.ª Giuseppa de Cardenas nel testamento di Alfonso. La di lei istituzione era rimasta caducata per non essersi verificata la condizione, che i discendenti assumessero il cognome, e le armi di Cardenas; e non avendo a ciò risposto, ha violate le *L. L.* 1. *C. inst.*, *et subst.* 44. §. 10. *D. de condit. et demonst.*

» *Sul testam. di Ferdinando.* 1.° La gran corte ha accolto come provato il fatto, che Ferdinando non abbia lasciato suoi beni proprj, ed ha così violato l'art. 3151 *cod. civ.* ch'esige, che l'attore, ed il reo per via di azione, ed eccezione provino i fatti asseriti.

» 2.° Il fatto contenuto nella decisione, che Ferdinando de Cardenas istituì erede sua figlia nel suo intero patrimonio è in contraddizione col testamento, nel quale escluse sua figlia dal majorasco di Alfonso.

» 3.° Si è fatta una falsa applicazione, dei principj che obbligano il padre a lasciare la legittima ai figli, quando si è argomentato, che avendo lasciata la intera proprietà a sua figlia, non ha inteso limitare la istituzione all'usufrutto formale: se così fosse le avrebbe lasciata la legittima. Ma la legge non dispensa di lasciare la legittima a'figli, anche quando lasci loro l'usufrutto causale.

» 4.° La corte ha falsamente applicata la massima, che l'erede gravato dev'essere onorato; ma ciò non impedisce, che l'erede mero-usufruttuario si gravi de'legati; e quando la gran corte ha considerato, che il testatore caricò di sostituzione la figlia ha ammesso come inesistente ciò di cui si contende.

» 5.° Ha la gran corte falsamente applicata la massima, che il divieto di alienare suppone il fedecommesso. Il divieto esiste nel testamento di Ferdinando, ma riguarda i chiamati al majorasco non la figlia del testatore istituita nell'usufrutto.

» 6.° Si sono falsamente applicate le *L. L.* 15. *D. de usur. et arg.*, e 12. *de usufr. car. rer.*, essendosi riguardata Maria Giuseppa come obbligata a restituire dopo sua morte a'futuri chiamati, mentre il majorasco cominciò dagli attori istituiti direttamente, e non sostituiti in modo, che nella verificata inesistenza de'figli di Giuseppa vestivano il carattere de' primi eredi fiduciarj.

» 7.° Questo motivo fu proposto in appello, e la gran corte non avendoci risposto ha violato l'articolo 233 leggi di procedura.

» *Sul testam. di M. Giuseppa.* 1.° Dalla gran corte il motivo di nullità del testamento fondato sulla demenza della testatrice fu escluso col giudicato, che rigettò l'azione di falso, intentato contro il testamento di Maria Giuseppa, ed ha con ciò violato il giudicato de'20 settembre 1813 col quale furon rese salve, in altro giudizio, le ragioni per la nullità del testamento. Fra queste vi era, che la testatrice non era sana di mente quando fece il testamento:

» 2.° Falsa applicazione dell'articolo 1305 leggi civili, nel credersi, che il giudicato sulla falsità facesse stato nel giudizio di nullità.

» 3.° Si è scambiata l'azione di nullità dedotta da Conversano. Ella disse, che per la gravezza del male la testatrice non conservava la sanità di mente. Nella decisione si asserisce detto, che la testatrice era demente, e che non essendosi dedotta in vita della testatrice, quest'azione non poteva esercitarsi dopo la di lei morte. Or essendosi di ciò negata la pruova, si son violati gli articoli 504 e 901 del codice civile.

» 4.° La gran corte ha violati gli articoli 976 e 901 codice civile, quando ha considerato, che la qualità de'testimonj testamentarj dovea escludere l'ammissione della pruova.

» 5.° La gran corte in blocco ha rigettati molti altri mezzi di nullità dedotti, riportandosene alle conclusioni del pub. minist. che non sono nella decisione, e nella sentenza dei primi giudici, senza ch'ella ne avesse motivato il rigetto. Violato perciò detto articolo 233. leggi di procedura.

» *Mezzi aggiunti.* 1.° L'attrice ha dedotto come mezzo di nullità la circostanza, che la testatrice non potea nè leggere, nè scrivere. Questo si è nella decisione confuso coll'altro della sanità di mente della medesima, e la gran corte non vi ha interloquito. Ciò è fon-

dato sull'articolo 978 codice civile, come si era mostrata. La pruova per la verifica non incontrava l'ostacolo per l'articolo 504, ne ci era pruova in contrario.

» 2.° 3.° 4.° L'attrice avea dedotto, che la dichiarazione vaga di non firmare per causa di malattia non fu fatta da lei al notaro, ed a' testimonj, ed essendo stata rigettata senza precisarne i motivi, ha la gran corte violati gli articoli 41 e 52 del regolamento notariale de' 3 gennajo 1809 e gli articoli 276 e 1001 codice civile.

» 5.° Avea dedotto l'attrice, che il testamento si era presentato aperto, e non si era poi chiuso, e suggellato in presenza del notajo, e testimonj: il fatto, e la legge non garantiscono questo modo di nullità. La gran corte col rigetto ha violato il detto articolo 976.

» 6.° Nella soprascrizione del testimonio Donato de Vivo manca l'indicazione della paternità del medesimo. Questo mezzo fu dedotto, e rigettato dalla gran corte. Violato perciò l'articolo 99, e 43 del regolamento notariale.

» 7. 8. e 9. Manca la lettura dell'atto della chiusura alla testatrice, ed a'testimonj, e la dichiarazione del notaro di aver data lettura chiara, ed intelligibile di detto atto. Questi mezzi furono dedotti, e rigettati dalla gran corte, e per conseguenza violati gli articoli 37. 39 e 46 del regolamento notariale, e l'articolo 976 del codice civile.

» Udito il rapporto ec.; ed inteso il pubb. minist., che colle sue conclusioni ha chiesto il rigetto di tutt'i mezzi del ricorso, meno quello, che riguarda la nullità del testamento di D. Maria Giuseppa de Cardenas contessa di Acerra per la pretesa demenza di costei, per lo quale mezzo si è rimesso alla giustizia del collegio.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio. Vista la decisioni: visto il ricorso:

» *Su la 1. par. del ricorso*. Considerando, che tutt'i motivi di annullamento allegati da ricorrenti, o suppongono violata la legge de' 15 marzo 1807 o dicono offesa la volontà del testatore manifestata ne' diversi ordini delle chiamate fatte in favor de' suoi discendenti.

» Considerando, che la violazione della legge de' 15 marzo è ipotetica, dapoichè si assume, che sebbene Maria Giuseppa de Cardenas avesse allora il possesso di fatto, pur tutta volta il possesso di dritto apparteneva al principe di Scalea, il che appunto ha formato il soggetto del giudizio introdotto dopo la morte di Maria Giuseppa.

» Considerando per conseguente, che l'anzidetta violazione sarebbe stato l'effetto dell'enunciato giudizio, e non è la ragione, che determina i giudici a pronunziare in favore di Maria Giuseppa de Cardenas.

» Considerando, che la dichiarazione del dritto della fu Maria Giuseppa nasce dalla giusta, e regolare interpetrazione data dalla gran corte civile alla volontà di Alfonso, il che non è materia per annullamento.

» Considerando, che quando anche si trattasse di esaminare se nella interpetrazione della volontà del fedecommettente sieno state serbate le regole, e le presunzioni di dritto, che debbono diriggere il criterio de' giudici, la gran corte civile ha giudicato conformemente al voto della legge, alle presunzioni del dritto, ed alla sentenza universalmente ricevuta, cioè, che ne fedecommessi agnatizj mascolini allorchè manca il favore pe' maschi agnati deesi unicamente attendere alla prossimità del grado, ed all'ordine della naturale successione, e che perciò i ricorrenti hanno allegato violazione, laddove non è, se non giusta, e regolare interpetrazione di volontà.

» *Su la 2. par. del ricorso*. Considerando, che li diversi motivi del ricorso versano, o circa l'applicazione delle leggi, le quali determinano i caratteri dell'usufrutto causale ossia della proprietà legata col gravame della restituzione, o circa il rito, che dicesi violato, perchè la gran corte non ha allegato i motivi per i quali rigettò l'appello prodotto contro al ragionamento de' primi giudici.

» Considerando, che la gran corte riconobbe nella disposizione di Ferdinando un vero usufrutto causale, perchè costui istituì erede universale la sua figlia Maria Giuseppa ne' beni feudali, e ne' beni burgensatici senz' alcuna menzione di legittima, perchè sostituì a costei il figlio primogenito, che da lei sa-

rebbe nato, e perchè indirizzò a lei stessa il divieto dell'alienazione, le quali cose tutte sono altrettanti legali caratteri dell'usufrutto causale, e che per conseguente la gran corte ha fatto una retta applicazione della *L.* 15. *D. de aur.*, *et arg. legato*.

» Considerando, che la stessa confutazione del ragionamento della decisione contenuta nel ricorso contraddice al motivo di rito, col quale si è la stessa decisione impugnata, come sfornita di ragionamento.

» *Su la* 3. *par. del ricorso.* Considerando, che quanto alla nullità intrinseca del testamento di Maria Giuseppe la gran corte negò la pruova della demenza, perchè si convinse non essere i fatti allegati nè gravi, nè concludenti; il che è dalla legge rimesso alla libera estimazione del giudice del fatto.

» Considerando, che sebbene l'articolo 504 dell'antico codice civile non possa costantemente riferirsi alle donazioni, ed ai testamenti, per cui ha la legge nell'articolo 901 ripetuto il requisito della sanità della mente, ciò non ostante è sempre vero, che quando la interdizione non sia stata provata in vita del testatore, la presunzione sta per l'atto, sicchè questa non può essere per semplice assertiva impugnato.

» Considerando, che nel caso della demenza accidentale, dal perchè la legge abbia permesso la pruova della sanità della mente, non segue, che debba il giudice accordarla, perchè le parti la dimandano.

» Considerando per l'opposto, che la legge non ammette pruova testimoniale, contro i fatti, de'quali fà fede l'atto autentico del testamento, e che da questo caso in fuori, i fatti de'quali si dimanda la pruova, devono per lo meno esser gravi, e pertinenti, per modocchè gli argomenti della demenza possano bilanciare la presunzione, che l'autore di quello fosse di sana mente.

» Considerando, che una tale presunzione non solamente è implicita in ogni atto solenne, ma è maggiore ne'testamenti, per la massima comune sì all'antica, che alla nuova giurisprudenza: *Asseverationi tuae mentis cum compotem fuisse negantis, fidem adesse probari convenit.*

» Considerando, che il primo fra tutti gli argomenti atti a distruggere questa presunzione dee nascere dal tenore dell'atto stesso, siccome la gran corte opportunamente ha considerato.

» Considerando, che un tale argomento principalmente risulta dal testamento della contessa di Acerra, la quale dopo di aver restituito a'prossimi congiunti del marito la di lui eredità, dispose del patrimonio proprio in favor di quelli de'suoi congiunti, che avevano in vita meritato più degli altri la sua affezione, e fece molti atti di liberalità, coerenti tutti alle virtuose passioni dell'animo suo.

» Considerando, che nella specie presente i fatti allegati dalla contessa di Conversano, comecchè differentemente enunciati tendevano a dimostrare, che la testatrice non fosse nello stato di leggere, e di parlare, perchè priva di sensi, e di ragione.

» Considerando, che le conseguenze di tali asserzioni sarebbero state o che il testamento fosse supposto, assunto rigettato dal giudicato, il quale dichiarò inammisibile la querela di falso incidente, o che il testamento fosse stato solennizzato con manifesto abuso del nome, e della volontà della contessa di Acerra.

» Considerando, che in questa ultima ipotesi, la quale sarebbe pure ricaduto nella specie di falso, la gran corte civile ha ben ricavato dalla nota probità de'testimonj un argomento atto ad escluderla.

» Considerando, che la gran corte non solamente si è valuta della facoltà, che la legge le dà di estimare la qualità de'fatti, ma ha seguito i dettami del dritto, e della sana giurisprudenza, la quale custodisce le solenni volontà de'defunti.

» Considerando che quanto alle nullità estrinseche, il difetto della presentazione è smentito dalla formola stessa adoperata nell'atto di chiusura, nel quale si disse, che la testatrice fece chiudere, e suggellare, e presentò così chiusi, e suggellati i fogli del testamento al notajo, ed a'testimonj, il che facendo uniformossi esattamente alle ordinazioni dell'art. 976 dell'antico codice civile.

» Considerando finalmente, che tutte le altre violazioni di forma sono state dalla gran corte civile dichiarate non fondate in fatto,

e che quando anche fossero esistenti le forme, che diconsi violate, non sono richieste a pena di nullità, nè dalle leggi civili, nè dal regolamento del notariato.

» Per siffatte considerazioni, la corte suprema rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna i ricorrenti alle spese liquidate in ducati 17, e grani 64 oltre il costo della spedizione.

» §. 3. L'usufrutto può costituirsi o sem-
» plicemente, o per un tempo determinato,
» o sotto condizione. *Art.* 505. *Leg. civ.*

Così Paolo.

» Ususfructus in multis casibus pars dominii est. Et extat quod vel praesens, vel ex die dari potest. *L.* 4. *D. de usufr. et quemad. quis utat.*

L'esempio dell'usufrutto costituito per un tempo determinato vien dato dall'imperatore Alessandro.

» Si pater usumfructum praediorum iu tempus (*idest usque ad tempus*) vestrae pubertatis matri vestrae reliquit, finito usufructu, postquam vos adolevistis, posterioris temporis fructus perceptos ad ea repetere potestis, quos nulla ratione sciens de alieno percepit. *L.* 5. *Cod. de usufructu etc.*

Casus. Usumfructum fundi legavit maritus uxori usque ad annos pubertatis filii sui impuberis, ipso facto pubere nihilominus uxor sciens usumfructum percepit, an fructus illius temporis quod fluxit post pubertatem filius a matre petere possit quaeritur? et dicitur quod sic. »

L'usufrutto costituito sotto condizione si rileva in diversi modi espresso da Ulpiano.

» Quanquam ususfructus ex fruendo consistit, idest facto aliquo ejus qui fruitur, et utitur, tamen semel cedit dies aliter atque si cui in menses, vel dies, vel annos singulos quid legetur, tunc enim per dies singulos, vel menses vel annos dies legati cedit. Unde quaeri potest, si ususfructus cui per singulos dies legatus sit an semel cedat? et puto non semel cedere, sed per tempora adjecta, ut plura legata sint; et ita lib. 3. Digestorum Marcellus probat in eo, cui alternis diebus ususfructus legatus est. Et ideo si ususfructus legatus sit, qui quotidie percipi non potest, non erit inutile legatum; sed dies ii legatum habebunt, quibus uti frui poterit.

» Dies autem usufructus item usus non prius cedit quam hereditas adeatur, enim constituitur ususfructus, cum quis jam uti frui potest. Hac ratione etsi servo hereditario ususfructus legetur, Julianus scribit, quamvis caetera legata hereditati adquirentur, in usufructu tamen personam domini expectare quae uti frui possit. Item si ex die ususfructus legetur, dies ejus nondum cedit, nisi cum dies venit: posse enim usumfructum ex die legari, et in diem constat. Non solum autem ususfructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usufructu. Idemque et si ex die fuerit legatus usufructus. Denique Scaevola ait et agentem ante diem ususfructus nihil facere; quamvis alias qui ante diem agit, male agit. *L.* 1. *D. Quando dies ususfructus legati cedat.*

Casus. Primo dicit quod unus est ususfructus, et simul incepit deberi pure et simpliciter relictus licet singulis anuis vel pluribus vicibus fruatur fructuarius. Secundo dicit quod aliud est si alicui legetur ususfructus per singulos annos vel menses, vel dies, quia plura sunt legata; et pluries incipit deberi adita hereditate legantis, non prius. Tertio si legetur servo hereditario, ex tunc, idest adita hereditate cedet, non prius: sic si ex tempore legetur, nec ususfructus nec actio cedit nate diem venientem: licet alias quid debetur ex die possit peti, sed male; quia obstat exceptio: hic tamen ipso jure non potest agere. *Vivianus.*

Vedi *Sostituzione fedecommessaria* §. 4.

Brunnemanno in esaminare il tempo dell'usufrutto che si dee per un legato, fissa il giorno da cui dee incominciare a percepirsi, sia puramente, sia condizionatamente.

« Quando ususfructus est relictus in dies, menses, annos singulos sunt plura legata; primi anni purum, sequentium vero conditionale *L.* 4. *D. de annuis legatis.* Ejus legati igitur dies non semel cedit, sed per tempore adjecta, cujus usus in amittendo usufructu de quo Donellus *lib.* 10. *cap.* 20. Caeterum regulariter dies ususfructus legati non cedit a tempore mortis defuncti, ut alia legata, sed a die aditae hereditatis, quia in illis spectatur

utilitas transmissionis, quae hic attendi non potest, et deinde ad usumfructum constituendum, et heredis, et usufructuarii facto opus est. In usufructu in diem relicto dies cedit non ab adita hereditate, sed post adventum diei praescriptae. Licet enim dies certus sit, quia tamen ususfructus ad heredem non transit, perinde conditionem facit, atque si incertus dies praescriptus esset *L.* 2. *et* 5. *quando dies leg. ced.* Unde hoc sequitur quod licet alias creditor ante diem cedentem agat, plus tempora petat, et mulctetur, usufructuarius tamen ante diem agens nihil agat. Hinc etiam aliud fluit, si ususfructus legetur, et post aliquot annos adeatur hereditas, praeteritorum annorum fructus non debeantur; sed annuis legatis secus, quorum dies a morte testatoris cedit. *Brunnemanni Comment. in Pandect. lib.* 7. *tit.* 3. *Quando dies ususfruct. leg. cedat. ad L.* 1.

Costituito l'usufrutto sino al tempo della determinata età di alcuno non finisce colla di lui morte, ma quando avviene il tempo designato, o quando il legatario se ne muore. Costituito poi l'usufrutto sino al tempo di una condizione incerta finisce colla condizione avverata: questa poi non avverata, o ridotta alla impossibilità di avverarsi, l'usufrutto s'intende decorrere sino alla vita del legatario. Tale dottrina è dettata dal rescritto dell'imperatore Giustiniano.

» Ambiguitatem antiqui juris decidentes sancimus, sive quis uxori suae, sive alii cuicumque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius ejus, vel quisquam alius pervenerit, stare usumfructum in annos singulos, in quos testator statuit, sive persona de cujus aetate compositum est ad eam pervenerit (*lego Titio usumfructum per decennium donec vixerit filius meus*) sive non; neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula, nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus: tunc etenim ad posteritatem ejus usumfructum transmitti non est penitus possibile; cum morte usumfructum penitus extingui, juris indubitati sit. Sin autem talis fuerit incerta conditio donec in furore filius, vel alius quisquam remanserit, vel in aliis similibus casibus quorum eventus in incerto sit; si quidem resipuerit filius vel alius pro quo hoc dictum est, vel conditio extiterit, usumfructum finiri. Sin autem adhuc is in furore constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum. Cum enim possibile erat usque ad omne vitae tempus usufructuarii, non ad suam mentem venire furentem, vel conditionem impleri: humanissimum est ad vitam eorum usumfructum extendi. Quemadmodum etenim si decesserit usufructuarius ante impletam conditionem, vel furorem finitum, extinguitur ususfructus; ita humanum est extendi eum in usufructuarii vitam, et si antea decesserit furiosus, vel alia conditio defecerit. *L.* 12. *Cod. de usufr.*

Casus. Uxori usumfructum alicujus fundi legasti usque ad duodecimum annum filii tui, et filius tuus ante duodecimum annum aetatis decessit: an in ulterius tempus quam ususfructus erat relictus extendatur? dicitur quod non, nec refert sive filius ad eam aetatem pervenit, sive non. An autem si fructuaria ante illud decesserit tempus, transmitteret ad heredem quaeritur? responde quod non, et hoc in prima. Si autem mihi usumfructum legasti quandiu filius tuus esset in furore, an si resipuerit finitur ususfructus? dicitur quod sic. Si autem in furore decesserit, usque ad tempus vitae extenditur ususfructus; quia potuit esse quamdiu viverem, quod non pervenisset ad sanam mentem; unde humanum est ut in tempus vitae meae penes me resideret ususfructus; sicut enim me, vel furore finito extinguitur ususfructus, ita si in furore filius decessit eum non extingerit, quod mors sanam mentem praecessit: imo nec sana mens secuta est, cum jam sit mortuus ante quam resiperet. »

Sul tempo determinato con cui può essere costituito l'usufrutto osserva Delvincourt, che a ciò può intendersi in due modi: in primo luogo *ex die* per non incominciare che in tale giorno - *io dono e lego l'usufrutto della mia terra a Pietro da incominciare un anno dopo la mia morte* - L'usufrutto incomincia il primo giorno del secondo anno, e finisce nei modi ordinarj. Quindi *ad diem* per finire in tal giorno: *io do, e lego ec. durante dieci anni.* L'usufrutto

incomincia immediatamente, e termina allo spirare del decimo anno. Si vede d'altronde che lo stesso usufrutto può essere *ex die* e *ad diem*.

» Ma che sarà a dirsi se l'usufrutto sia stato stabilito *ad diem*, e che l'usufruttuario venga a morire prima dello spirare del termine? La *L.* 12. *Cod. de usufructu* decide che in questo caso l'usufrutto vien' estinto colla morte dell'usufruttuario, dietro il principio che il termine è riputato aggiungersi per abbreviare piuttosto che per prolungare la durata del godimento. Questa decisione sarebbe probabilmente ammessa nel nostro dritto.

» *Quid* se un testatore ha legato la nuda proprietà di un fondo senz'altro determinare in quanto all'usufrutto? L'usufrutto apparterrà ai suoi eredi, e finirà colla morte dell'ultimo superstite. *L.* 14. *Cod. de usufructu. Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 3. *nota* 6. *al tit.* 3.

Regolato l'usufrutto secondo quei periodi, e quelle condizioni stabilite dal testatore, diviene ozioso l'esame, se quantunque relativo a beni fedecommessati, sia esso a considerarsi casuale, o formale secondo la distinzione ammessa nell'antico foro. Decisione della suprema corte di giustizia de' 10 novembre 1825.

Fatto. D. Giuseppe Caniglia seniore pel matrimonio, che si contrasse dal di lui figlio D. Antonio Maria, con D. Francesca Paola Cristofaro, assegnò a detti conjugi, loro eredi, e successori, a contemplazione del matrimonio medesimo l'intero usufrutto di una masseria detta *S. Felice*, e di un'altra denominata *Camarda* cogli animali grandi, e piccoli, carrette, aratri, grani, orzo, e quanto era addetto alle stesse per dotazione, da valere tale donazione in caso che i detti sposi si fossero divisi dal donante. Tale istrumento fu stipulato nel 1751.

» In seguito volendo D. Giuseppe Caniglia assicurare simile fortuna al secondogenito D. Pietrantonio, donò al medesimo con istrumento del 1756 tanti altri beni, con ducati 1000 da uguagliare la porzione data a D. Antonio, e ciò a titolo di antiparte sulla futura sua successione.

» A 15 ottobre 1763 D. Giuseppe fece il suo ultimo testamento, e dopo di aver istituiti eredi i due figli D. Antonio, e D. Pietrantonio, soggiunse. »» Dippiù voglio, ordino, e comando, che morendo *quandocumque* qualcuno de' detti miei figli maschi legittimi, e naturali, o con figli, che non arriveranno all'età di anni 18 compiti, od infra la detta età non avessero procreati figli maschi *ex legitimo matrimonio*, in tal caso la di lui porzione de' beni stabili *tantum*, da me assegnati, incluse in quelle le capitanie de' bestiami, e strumenti delle masserie, vada in beneficio del sopravivente, e de' di lui figli maschi legittimi, e naturali; e debba restare estinto l'usufrutto de' beni da me donati rispettivamente al premoriente nelle rispettive donazioni da me fatte a detti miei figli *causa matrimonii*, nè deve l'usofrutto suddetto continuare in persona delle figlie femine di detto mio erede premoriente; e rispetto alle miglierazioni da me fatte ne'rispettivi beni avventizj di detti miei figli, come altresì rispetto a' mobili, e crediti assegnati loro, voglio, che ciascuno di essi ne sia assoluto padrone, e possa disporne a suo piacere, nè s' intendono inclusi nella presente sostituzione.

»» Dippiù premorendo a me suddetto testatore, *quod absit*, il detto D. Antonio Maria mio figlio senza figli maschi legittimi, e naturali, e con sole figlie femine, in tal caso istituisco mie eredi particolari le medesime nelle miglierazioni da me fatte ne'beni avventizj di detto loro padre; come anche ne' mobili, e crediti da me al medesimo assegnati, e nella masseria suddetta di *Lattanzio*, e nelle dette mie case ereditarie presso la casa del barone Argentina, insieme col magazzino soprano a tetto, sito sopra il magazzino a volta del suddetto mio trappeto. Ed all' incontro premorendo a me il suddetto D. Pietrantonio mio figlio senza figli maschi legittimi, e naturali, e con sole figlie femine, istituisco mie eredi particolari le medesime colle miglierazioni da me fatte nei beni avventizj di detto loro padre, come anche ne' mobili, crediti, e vettovaglie, da me come sopra al detto loro padre assegnati, come anche ne' tomoli 13 terreni seminatoriali, e nel trappeto col magazzino a

volta, anche da me a detto loro padre come sopra assegnati, voglio, ordino, e comando, che in tal caso le dette figlie femine di detto D. Antonio Maria restino escluse dall' usufrutto della masseria suddetta di *S. Felice*, e le dette figlie femine di detto D. Pietrantonio restino escluse dall' usufrutto della masseria dell' *Argentone*; nè possono tanto le une, quanto le altre pretenderlo in virtù delle donazioni *contemplatione matrimonii* da me fatte a' loro rispettivi padri per loro, e li di loro eredi; tanto più perchè in dette donazioni la mia mente fu di chiamare all' usufrutto suddetto li di loro successori, e figli maschi, e non già femine.»»

» Le stesse disposizioni furono replicate nel codicillo de' 15 settembre 1765, aperto a 25 maggio 1766.

» D. Antonio Caniglia, senz'aver mai accettata l' eredità paterna, godè fino alla sua morte l' usufrutto delle masserie assegnate ne' capitoli matrimoniali. Indi nel suo testamento rogato a 15 giugno 1782 istituì sue eredi universali, e particolari le due figlie D. Caterina e D. Teresa Caniglia ugualmente. Indi dispose ne' seguenti termini «« Voglio che de' sottoscritti beni le suddette mie figlie eredi universali, come sopra istituite, ne fossero solamente usufruttuarie, e dopo la morte di una di esse, l' altra ancorchè avesse figli succedesse nell' usufrutto della premorta, e dopo la morte di tutte e due, non ostante che avessero figli legittimi, e naturali; voglio, che l' usufrutto di detti miei beni si consolidasse colla proprietà in beneficio di detto mio fratello D. Pietrantonio Caniglia; e dopo la morte di detto mio fratello, o in caso di premorienza del medesimo alle suddette mie figlie, voglio, che il suddetto usufrutto si consolidasse colla proprietà in beneficio del primogenito figlio legittimo, e naturale di detto mio fratello D. Pietrantonio; e qualora il primogenito si trovasse premorto, con avere lasciati figli maschi, voglio, che detto usufrutto si consolidasse colla proprietà in beneficio del primogenito di detto mio fratello. Se poi il detto primogenito di mio fratello non lasciasse figli maschi, voglio, che il detto usufrutto si consolidasse colla proprietà in beneficio del secondogenito; ed in caso di premorienza di questo, se ha lasciato figli maschi, si consolidasse in beneficio del primogenito di esso; ed in mancanza tanto del secondogenito, che de' figli maschi del medesimo si consolidasse l' usufrutto colla proprietà in beneficio del terzogenito, e così si osservasse successivamente per gli altri figli di detto mio fratello, e figli di essi nel caso che ne avrà degli altri. Ed un tale majorasco voglio, che si perpetuasse per tutte le generazioni della famiglia di detto mio fratello, e suoi figli maschi, e figli de' figli sempre maschi legittimi, e naturali in perpetuo, in quella maniera, ed ordine di sopra disposto. E qualora viventi le suddette mie figlie eredi universali di sopra istituite, mancheranno tanto detto mio fratello, che i suoi figli, e figli maschi di essi nella maniera di sopra chiamati, cosicchè viventi dette mie figlie si estinguerà la generazione maschile legittima, e naturale di detto mio fratello, per cui non si verificherà il di sopra disposto perpetuo majorascato, in tal caso dette mie figlie abbiano la facoltà di disporre de' sopraddetti beni nella maniera, che loro pare, e piace, in beneficio de' loro eredi, e successori, la quale facoltà l' abbiano tutte e due le mie figlie ugualmente, perchè così è la mia volontà. »»

» Agli 8 settembre 1787 D. Antonio fece il suo codicillo, e dispose, che se sino alla sua morte il suo fratello D. Pietrantonio, e suoi eredi non gli avessero data la legittima su' beni paterni cogl' interessi; talchè i medesimi avessero a determinare il tale, o tale corpo, esso per evitare le liti si contentava di ricevere a questo titolo la masseria dell' *Argentone* in tenimento di Oria in quello stato, e con quelle dotazioni, che aveva al tempo della morte di suo padre, colla dichiarazione, che questo fondo avrebbe anche fatto parte del maggiorato già istituito.

» Legò pure al fratello D. Pietrantonio sua vita durante il trappeto da macinare olivi, ed i magazzini soprani da vettovaglie con tutti gli ordegni, che si trovavano in detti trappeti, e magazini, ed in un' altro suo palazzo che designò, col peso di far celebrare 116 messe piane all' anno per lo defunto avo, ed ava materna D. Pietrantonio Amati, e

D. Antonia de Palma. Morto D. Pietrantonio Caniglia, questo legato dovesse andare collo stesso peso al suo figlio primogenito, e quindi entrare a far parte del maggiorato perpetuo collo stesso peso. Volle, che questo legato si verificasse, dopo che il fratello gli avesse assegnata la legittima, che gli spettava.

» Seguita la morte di D. Antonio Caniglia cominciò strepitoso litigio tra D. Pietrantonio, e poi tra il di costui primogenito D. Giovanni, e D. Caterina, e D. Teresa Caniglia. Pretesero i primi, che l'usufrutto delle masserie *S. Felice*, e *Camarda* assegnate a D. Antonio ne' capitoli matrimoniali fosse di loro spettanza, e che a pro di esse si fosse dichiarata la proprietà de' beni ereditarj di D. Antonio sottoposti a perpetuo maggiorato. Pretese pure condannarsi le medesime al pagamento di ducati 1800, ed altri oggetti sottratti dalla eredità, in pregiudizio del maggiorato stesso.

» Per contrario le figlie di D. Antonio, D. Caterina cioè, e D. Teresa dopo di avere ottenuto il preambolo della paterna eredità, e fatto l'inventario, pretesero di dover continuare nell'usufrutto delle due masserie dette *S. Felice*, e *Camarda* in vigore della donazione fatta al loro padre da D. Giuseppe loro avo ne' capitoli matrimoniali; di dover essere immesse nel possesso della masseria detta *Argentone* destinata dal loro padre in luogo della sua legittima sulla paterna eredità; di doversi ad esso loro la legittima libera sulla paterna eredità; e di doversi togliere il patto riversivo sulle loro doti nè rispettivi capitoli matrimoniali: ma questa ultima domanda fu ritrattata da D. Caterina, che aveva figli.

» Dopo varj atti il già S. R. C. nel dì 27 gennajo 1796 pronunziò sentenza del tenor seguente.

»» Declaramus, declararique volumus, et mandamus bona hereditaria quondam D. Antonii Caniglia spectare, et spectavisse ad Joannem Caniglia quoad proprietatem; salvo usufructu dictorum bonorum in beneficium sororum D. Catherinae, et D. Theresiae earum vita durante tantum, comprehensis in usufructu fundis nuncupatis *S. Felice*, *et Camarda*.»»

»» Pariter S. R. C. declarat deberi dictis sororibus Theresiae, et Catherinae legitimam super bonis dicti quondam D. Antonii, pro cujus liquidatione in biduo audiantur partes imputatis tamen in dicta legitima dotibus in beneficium ipsarum constitutis in summa ducatorum bismille per dictum D. Antonium in capitulis matrimonialibus, sublata substitutione reciproca ordinata, et pacto reversionis integrarum dotium, appositis in dictis capitulis matrimonialibus. »»

»» Declarat insuper S. R. C. usumfructum fundi nuncupati *Argentone* spectavisse, et spectare ad easdem sorores Caniglia vita ipsarum durante tantum, et ex usufructu ante partem deberi D. Catherinae annuos ducatos centum pro cursu annorum decem, vigore codicilli dicti quondam D. Antonii de anno 1787, cum oneribus contentis in dicto codicillo, proprietatem vero dicti fundi *Argentone* spectare, et spectavisse ad dictum D. Joannem Caniglia, vigore testamenti, et codicilli dicti quondam D. Antonii.

»» Denique S. R. C. declarat D. Theresiam absolvendam esse ab imputatis pro praetensione, et restitutione ducatorum 1800 dictae D. Theresiae a patre D. Antonio traditorum. »»

» Tale sentenza fu impugnata da D. Giovanni col rimedio delle nullità per l'usufrutto delle masserie *S. Felice e Camarda*, per la legittima accordata alle sorelle Caniglia su' beni paterni, e per l'usufrutto della masseria *Argentone*.

» D. Caterina Caniglia inerì alle dette nullità, pretendendo, che l'usufrutto delle masserie *S. Felice*, e *Camarda* dovea continuare dopo la loro morte a beneficio degli eredi; che per le loro doti dovea continuare la reciproca sostituzione; e che l'usufrutto della masseria *Argentone* spettava a lei solamente. Indi con altra supplica dedusse, che l'usufrutto a beneficio di D. Teresa si dovesse sentire per quella sola parte de' beni, che furono designati nel codicillo, e nel caso che restando vedova dimorasse in Francavilla.

» Il S. R. C. discutendo, a richiesta di D. Teresa, le dette nullità decretò in data de' 18 aprile 1798 ne' seguenti termini.

»» Nullitates non obstare, verùm spectantia, quoad bona hereditaria quondam D. Antonii Caniglia favore D. Joannis declarentur

pro bonis in testamento, et codicillis dicti D. Antonii subjectis primogeniali fideicommisso, et sub vinculis a dicto D. Antonio ordinatis; et quoad fundos nuncupatos *S. Felice*, *et Camarda* declarentur spectantia praedicta sequuto obitu dictae D. Theresiae, et D. Catherinae vigore testamenti D. Josephi; in legitima vero dictae D. Theresiae, et D. Catherinae ne dum imputentur dotes servata forma sententiae S. R. C. verum etiam quaevis alia bona etiam mobilia, victualia, et alia quaevis ex patris substantia in ipsas debendas. »»

» D. Caterina produsse istanza di reclamazione contra il giudicato. Ad istanza delle sorelle Caniglia essendosi proceduto alla esecuzione del medesimo fu ordinato in data de' 30 giugno 1798 la immissione nel possesso della masseria *Argentone* in quanto al solo usufrutto loro vita durante, colla precapienza dei ducati 100 a pro di D. Cateria. Il dippiù de' decreti fu pure eseguito.

» A' 29 agosto 1815 morì D. Giovanni, ed a' 16 maggio 1816 morì D. Caterina. Ciò determinò D. Elisabetta Caniglia, una delle figlie di D. Giovanni, autorizzata da suo marito D. Felice Forleo, a citare nel tribunale civile di Lecce D. Teresa Caniglia, i suoi fratelli, e sorelle; ed i signori Karusio figli di D. Caterina per sentir dichiarare: 1.° Che i fratelli Karusio avessero a rilasciare in beneficio di tutt' i figli di D. Giovanni i beni goduti in usufrutto dalla fu D. Caterina: 2.° Che su questi beni, come sopra di quelli che usufruiva D. Teresa, si dovea a lei la sesta parte; 3.° Che nei beni usufruiti dalle sorelle Caniglia, essendo crollate le masserie *S. Felice*, *e Camarda* doveano costoro, e i loro eredi esser condannati a rifarle.

» I rei convenuti risposero, che per le leggi eversive de' fedecommessi i beni in disputa si erano resi liberi nelle loro mani, non ostante le sentenze del S. R. C. giacchè erano state impugnate col rimedio della reclamazione; che l'azione era stata istituita fuori tempo, stantecchè viveva ancora D. Teresa, e che la consolidazione dell' usufrutto colla proprietà era succeduta a beneficio di costei.

» A' 4 gennajo 1821 il tribunale civile di Lecce, dichiarò, che le masserie *S. Felice*, *e Camarda* spettavano a D. Giovanni Caniglia, per cui condannò i fratelli Karusio a restituire la metà di esse, possedute dalla fu loro madre D. Caterina in usufrutto, una co' frutti, de' quali ordinò la liquidazione dalla di costei morte. Ordinò, che l'altra metà si fosse goduta in usufrutto dalla vivente D. Teresa sino alla sua morte. Fece salvi i dritti delle parti per la discussione della reclamazione prodotta in S. R. C. Dichiarò finalmente, che la proprietà gravata de' beni del fu D. Antonio si era resa libera nelle mani di D. Teresa, e D. Caterina Caniglia.

» I fratelli Karusio con D. Teresa Caniglia appellarono in principale da tale sentenza, sostenendo, che per le leggi eversive de' fedecommessi la proprietà delle masserie *S. Felice*, *e Camarda* si era resa libera nelle loro mani. D'altronde D. Elisabetta, D. Pietrantonio, e D. Grazia Caniglia ne appellarono incidentemente per quella parte, che avea dichiarata libera la proprietà de' beni del fu D. Antonio a pro di D. Teresa Caniglia, e de' fratelli Karusio.

» La gran corte civile di Trani con decisione de' 12 dicembre 1823 adottando le considerazioni de' primi giudici rigettò entrambi gli appelli, ed ordinò eseguirsi la sentenza appellata.

» Avverso tale decisione han prodotto ricorso per annullamento D. Elisabetta, D. Pietrantonio, D. Grazia, D. Maria Concetta, e D. Maria Emmanuele Caniglia da una parte, dall'altra poi han ricorso D. Ignazia, D. Ambrosio, e D. Antonio Karusio.

» I mezzi prodotti dai signori Caniglia sono

» 1.° Violazione dell'articolo 1305 leggi civili per non essersi tenuto conto del giudicato contenuto nella sentenza del S. R. C. e del decreto interposto in grado di nullità.

» 2.° Si dice, che la gran corte ha confuso la causa di cercare con la ragione di chiedere. Ov' è diversa la causa di chiedere, non osta il giudicato, detto articolo 1305 *L.* 5. *Dig. de except. rei judicatae*. Ove poi si cerca per la stessa causa, ma per diversa ragione ha luogo il giudicato *L.* 3. *e* 7. §. 4. *eod.* Le sentenze del S. R. C. costituiscono un giudicato per aver esaminata la quistione dell' usufrutto causale, e formale; ma anche quando ciò non

fosse, sarebbe il caso della diversità di ragione, non della diversità di causa.

» 3.° Essendo nulla la decisione per violazione di giudicato, si domanda l'annullamento di essa, e la esecuzione de' giudicati, protestandosi, che il ricorso si è accompagnato col deposito a maggior cautela.

» All'incontro i signori Karusio han prodotto nel ricorso i seguenti mezzi.

» 1.° La gran corte è stata contraddittoria con se stessa, allorchè adottando le considerazioni de' primi giudici, e confermandone la sentenza, ha dichiarato di spettare agli eredi D. Giovani Caniglia la proprietà delle masserie dette *S. Felice*, *e Camarda*, e nel tempo stesso ha fatti salvi i dritti di essi ricorrenti per far discutere la reclamazione avverso i decreti del S. R. C. Tanto i suddetti decreti, quanto la decisione parlano delle suddette due masserie; e perciò è una contradizione il togliere diffinitivamente la roba ad alcuno, ed il riserbargliene i dritti per ricuperarla.

» 2.° Il tribunale civile, e la gran corte hanno pronunziato incompetentemente nella causa, giacchè essendovi stata una reclamazione avverso de' decreti del S. R. C., avrebbe dovuto discutersi prima questo gravame ne' tribunali competenti; e poi ricominciarsi il giudizio attuale se vi era luogo. E la discussione di questo gravame apparteneva alla gran corte civile, non al tribunale civile, giusta il decreto del 1809, che si è violato.

» 3.° Sussistendo tuttavia la reclamazione de' ricorrenti avverso i decreti del S. R. C. e potendo essi farla discutere, potrebbe succedere, che alle loro ragioni si facesse dritto, e che quindi fosse loro addetto quella proprietà, che colla decisione impugnata hanno perduta. In questo caso si vedrebbe l'inestricabile contraddizione che li stessi fondi perduti colla decisione impugnata, si ricuperebbero nella discussione della reclamazione tuttavia sussistente.

» 4.° La gran corte ha negato alla superstite D. Teresa il dritto di accrescere nell'usufrutto delle masserie *S. Felice*, *e Camarda*, sul riflesso, che questo dritto di accrescere non abbia luogo negli atti tra vivi. Ciò è contrario alle leggi. L'usufrutto si costituisce non solo co' testamenti, ma benanche colle convenzioni *L. 3. D. de usufr. et quemad. quis utat.*; ed il tit. delle pandette *de usufruc. adcresc.* regola in qual modo debba farsi luogo al dritto di accrescere tra gli usufruttuarj. È falso dunque, che tra gli usufruttuarj non vi sia dritto di accrescere; anzi questo dritto ha luogo anche quando l'usufruttuario congiunto abbia perduta la sua porzione *L. 10. D. de usufr. adcres.* Violazione dunque delle citate leggi.

» 5.° Coll'essersi escluso il dritto di accrescere si è contravvenuto a' giudicati del S. R. C., ne quali fu stabilito, che le sorelle Caniglia, durante la loro vita avrebbero dovuto godere dell'usufrutto suddetto, il che importa, che per la morte di una di esse, succedeva l'altra.

» 6.° Si è violata la legge eversiva de' fedecommessi allorchè si sono obbligati gli eredi di D. Caterina a restituire l'usufrutto da costei goduto a' figli di Giovanni Caniglia. La suddetta legge colpì coloro, che godevano per restituire; per cui rese liberi i beni nelle loro mani, e proibì la restituzione. Or nel 1807 ritrovandosi a godere l'usufrutto di questi beni D. Caterina, e D. Teresa Caniglia, costoro ne acquistarono la proprietà per virtù della stessa legge.

» 7.° Si sostiene, che l'usufrutto goduto dalle sorelle Caniglia fu causale, e non formale, ed a provarlo si ricorre alla disposizione fatta da D. Giuseppe Caniglia nelle tavole nuziali del figlio D. Antonio, nelle quali si diede a costui, ed a' suoi discendenti i più lontani, l'usufrutto delle due masserie (usufrutto che non poteva verificarsi senza concedere la proprietà, atteso le moltiplici chiamate) ed altresì al testamento di D. Giuseppe, alla donazione fatta a D. Pietrantonio, ed al testamento di D. Antonio Caniglia, i quali atti parlano sempre di fedecommesso.

» Finalmente s'invocano i giudicati del S. R. C. che a senso da' ricorrenti riconobbero il fedecommesso. Quindi conchiudono, che per la citata legge de' 15 marzo 1807 i beni si resero liberi nelle mani della signora Caniglia, e che alla stessa spettano in proprietà.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Gennaro Buonanno pei signori Caniglia,

e D. Mario Continisio e D. Nicola d'Amora pei signori Karusio; ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso, che piaccia alla corte suprema di annullare la decisione impugnata nell'interesse di ambe le parti ricorrenti, ed ordinare la esecuzione del giudicato dell'abolito S. R. C.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: vist'i ricorsi: visti la sentenza del S. R. C. de'27 gennajo 1796, e'l decreto dello stesso tribunale de'18 aprile 1798.

» Ed in fine veduti la legge de'15 marzo 1807 e gli articoli 1304 n. 3; e 1305 delle leggi civili, non che gli articoli 122 §. 1. della legge de'29 maggio 1817, e 595 §. 2. delle leggi sulla procedura civile.

» *Sul ricorso de' signori Caniglia, e Forleo.* Considerando, che se la gran corte civile di Trani nel rigettare l'appello prodotto da'signori Caniglia, e Forleo, avverso la sentenza del tribunale civile di Lecce, per la parte in cui si era dichiarato, che la proprietà gravata de' beni ereditarj di D. Antonio Caniglia si era renduta libera in beneficio di D. Teresa, e D. Caterina Caniglia figlie del fu D. Antonio per effetto della legge abolitiva delle sostituzioni fedecommessarie, adottò senz' alcun altra sua osservazione i motivi da'quali la suddetta sentenza derivava, fece senza dubbio suo l'errore del *bis in idem*, in cui erano incorsi i primi giudici.

» Che doveva in effetto quel magistrato osservare, che alla morte del detto fu D. Antonio erasi disputato nel già S. R. C. tra D. Pietrantonio, ed indi col di lui figlio D. Giovanni Caniglia, ora rappresentato da detti signori Caniglia, e Forleo, e le suddette D. Teresa, e D. Caterina della detta proprietà de'beni ereditarj del fu D. Antonio Caniglia, e dal medesimo sottoposti a perpetuo maggiorato.

» Che colla rapportata sentenza del dì 27 gennajo 1796 quel supremo Senato avea dichiarato»» bona hereditaria quondam D. Antonii Caniglia spectavisse, et spectare ad Joannem Caniglia quoad proprietatem; salvo usufructu dictorum bonorum in beneficium D. Catherinae, et D. Theresiae earum vita durante tantum, comprehensis in usufructu fundis nuncupatis *S. Felice*, e *Camarda*. »»

» Che aveva ugualmente dichiarato »» usumfructum fundi nuncupati *Argentone* (ch' era quello, che D. Antonio col suo Codicillo avea sostituito alla sua legittima libera, comprendolo pure nel suo maggiorato) spectavisse, et spectare ad easdem sorores de Caniglia vita ipsarum durante tantum. »»

» Che le nullità prodotte da D. Giovanni avverso di detta sentenza riguardarono l'essersi accordato alle sorelle Caniglia l'usufrutto delle suddette masserie *S. Felice*, e *Camarda*, non che la legittima in contravvenzione de' fogli nuziali, e l'usufrutto della masseria *Argentone*; e la incisione di D. Caterina alle nullità riguardò l'usufrutto delle due masserie *S. Felice*, e *Camarda*, da dover continuare anche dopo la di loro morte a' beneficio de' di loro eredi, non che la tolta reciproca riversione delle doti, e di appartenere a lei sola l'usufrutto della masseria *Argentone*.

» Che il S. C. nel dì 18 aprile 1798 aveva pronunciato »» Nullitates non obstare: Verum spectantia quoad bona ereditaria D. Antonii Caniglia favore D. Joannis declaretur pro bonis in testamento, et codicillo dicti D. Antonii subjectis primogeniali fideicommisso, et sub vinculis a dicto D. Antonio ordinatis, et quoad fundos nuncupatos *S. Felice*, et *Camarda* declaretur spectantia praedicta sequuto obitu D. Theresiae, et D. Catherinae, vigore testamenti D. Josephi. »»

» Che da siffatta disposizione risultava di essersi confermata la spettanza già dichiarata colla precedente sentenza della proprietà de' beni ereditarj del fu D. Antonio in favore del detto fu D. Giovanni, soggetti al maggiorato anzidetto o sia col testamento, sia col codicillo, ad eccezione delle dette due masserie, per le quali la providenza venne riserbata, *sequuto obitu* delle sorelle Caniglia, e ciò *vigore*, non già delle disposizioni di D. Antonio, ma *vigore testamenti D. Josephi*.

» Considerando, che se questo era lo stato delle cose inopportunamente poteva dalle sorelle Caniglia invocarsi la legge de' 15 marzo 1807 eversiva delle sostituzioni fedecommessarie per far rivivere quel giudizio, che aveva avuto già fine; mentre anzicchè attribuirsi de'

nuovi dritti, si dichiarò soltanto, che i beni soggetti a vincolo di fedecommesso dovessero godersi liberi dagli attuali possessori, sciolti dal vincolo della restituzione; e nella specie il possessore gravato per effetto del suddetto giudicato, non era che D. Giovanni, o coloro, che lo rappresentavano.

» Ed è perciò, che ostando alle sorelle Caniglia la cosa giudicata, e non essendo state rivestite di un nuovo dritto, d'onde risultasse in esse un titolo diverso, ogni novello esame tralle stesse persone sulla stessa qualità, sulla stessa cosa, e per la stessa causa non poteva menare, che a giudicarsi di nuovo ciò ch' era stato già definito col precedente giudicato.

» Considerando, che ad elidere la forza della cosa giudicata non giovava certamente l'osservare, che allora non si discettò se l'usufrutto dei beni fedecommessi spettante alle figlie di D. Antonio Caniglia fosse casuale o formale, e per questa via entrare all' esame della di lui disposizione; dappoichè anche a prescindere da ogni altra osservazione, se quel giudizio versò sulla proprietà de'beni del detto fu D. Antonio, ed alle sorelle Caniglia non fu accordato, che il solo usufrutto su' beni, la proprietà de' quali venne dichiarata di appartenere al detto D. Giovanni, in quella decisione non potè non restar assorbita, e decisa anche quella della qualità dell' usufrutto, che per le sorelle Caniglia non poteva essere il causale derivante, cioè, dalla proprietà, che ad esse non apparteneva, ma quell' usufrutto, che può taluno godere sull' altrui proprietà, come servitù *in re aliena*, detto nell' antico foro *usufrutto formale*.

» Ed in fine, che se letterale era il giudicato suddetto, non poteva, che abusivamente entrarsi a valutarne l' efficacia, assumendosi, che la spettanza non era che la dichiarazione, che il magistrato sotto l' abolito regime giudiziario faceva di un dritto presente, e non già di un dritto futuro, da verificarsi dopo la morte di un' altro; poichè riconoscendo la legge ne' giudicati la verità legale (*art.* 1304 §. 3. *leggi civili*) non lascia a' giudici, che il dovere di farli eseguire per le vie legali.

» Dalle addotte osservazioni risultando di esistere in questa parte contrarietà tral il giudicato del S. R. C. e la decisione impugnata, debba questa essere annullata, con eseguirsi il disposto ne' citati articoli 122. §. 1 della legge organica de' 29 maggio 1817, e 595. §. 2. delle leggi di proc. civ.

» *Sul ricorso de' signori* Karusio. Considerando che da D. Ambrogio, D. Antonio, e D. Ignazio Karusio si è denunciata l' altra parte della detta decisione, in cui si è confermata l' enunciata sentenza, in quanto portava la dichiarazione della pertinenza a favore de' figli di D. Giovanni Caniglia della proprietà dell' enunciate due masserie *S. Felice*, e *Camarda*, e conseguentemente il rilascio da farsi da essi Karusio a' signori Caniglia, e Forleo.

» Che le dette masserie, sebbene fossero state comprese nella sentenza del già S.R.C. de' 17 gennajo 1798 lo stesso S. R. C. ordinò di doversene dichiarare la spettanza *sequuto obitu D. Theresiae, et D. Catherinae, vigore testamenti D. Iosephi*; come si è di sopra osservato:

» Che quindi non esistendo alcun giudicato per la spettanza di una tale proprietà in favore del detto fu D. Giovanni; ed altronde dallo stesso giudicato risultando, che l'usufrutto delle stesse masserie venne attribuito alle dette D. Teresa, e D. Caterina cumulativamente; e di doversi dichiarare la spettanza *sequuto obitu* delle medesime; non si poteva interloquire su quest' oggetto, se non seguita la morte delle dette sorelle Caniglia.

» Ed è perciò, che la gran corte avendo sulle orme del tribunale civile conosciuto della suddetta spettanza, quando non era abilitata a poterne conoscere, per esser tuttavia vivente D. Teresa Caniglia, la decisione suddetta debba essere annullata anche nella parte impugnata da essi signori Karusio.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema accogliendo il ricorso de' signori Caniglia annulla la parte della decisione da essi impugnata, ordina di eseguirsi il giudicato dell' abolito S. R. C. Accogliendo parimenti il ricorso de' signori Karusio, anche annulla l' altra parte della decisione stessa da essi impugnata, rimettendo le cose nello stato precedente alla medesima; invia la causa per

nuovo esame alla gran corte civile di Napoli; ed ordina di restituirsi i depositi.

» §. 4. Può costituirsi egualmente sopra » qualunque specie di beni o mobili, o im» mobili. *Art.* 506. *Leg. civ.*

Così Giustiniano.

» Constituitur usufructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis, et jumentis. *Institut. in prin. Lib.* 2. *tit.* 4. *de usufructu.*

Casus. Domine jam video quid est usufructus, et quibus modis constituitur usufructus: dicatis modo mihi in quibus rebus usufructus constitui potest? ad hoc respondet: amice, constitui potest usufructus non tantummodo in fundo, et aedificiis, sed etiam in servis, et jumentis, et pecoribus, et omnibus aliis rebus tam mobilibus quam immobilibus. »

Ulpiano addita quindi il modo come l'usufrutto degl'immobili dee godersi dall'usufruttuario.

Usufructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Et autem rei soli, aut rei mobilis ususfructus legatur. Rei soli (ut puta aedium) usufructu legato, quicumque reditus est, ad usumfructuarium pertinet; quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis, et caeteris quaecunque aedium sunt. *L.* 7. §. 1. *D. de usufructu et quemad.*

Possono ancora legarsi in usufrutto i nomi dei debitori? Ulpiano, esponendo gli opposti pareri di Nerva, che sostiene la negativa, e di Proculo, e di Cassio, che si decidono per l'affermativa, si attiene a quest'ultimo avviso.

» Postquam omnium rerum ususfructus legari poterit, an et nominum? Nerva negavit; sed est verius quod Proculus, et Cassius existimant posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usumfructum legari scribit, et remittendas ei usuras. *L.* 3. *D. de usufr. ear. rer.*

Casus. Dictum est supra eodem in lege prima quod omnium rerum potest ususfructus legari; sed nunquid et nominum? ut ecce Titius habet debitorem; an possit mihi Titius illius nominis usumfructum legare? et responde quod sic. Et Nerva dicit quod non; sed male dixit. Imo plus dico; quia etiam ipsi debitori potest legare et usuras ei remittere: sed satisdare debet ille debitor, cui est legatus ususfructus. »

Ubero su i nomi dei debitori analizza gli opposti pareri enunciati in questa legge.

» His addit nomina sive obligationes Ulpianus in *L.* 3. *h. t.* contra sententiam Nervae secutus Cassium, et Proculum; et tamen Nerva debitori ipsi nominum quasi-usumfructum posse legari statuebat, cujus usus in hoc consisteret, quod debitori remitterentur usurae. Quid igitur obstare potuit, quominus et Tertio legaretur ususfructus nominum, cum hoc effectu, ut usuras ipse perciperet? An Nerva forte putavit, illum esse verum usumfructum, quando usurae, salva sorte, perciperentur, non improprium; sed talem esse, cum debitori legatur nomen, quia tum ipsam ille sortem habet in potestate, quam consumere aut alibi collocare possit, ut tantundem finito usufructu restituat? Res ab hoc intellectu non est aliqua: si ponamus, semper eodem loco manere sortem; quales sunt sortes quae debentur ab universitatibus aut a republica quae tuto in eodem statu retinere possunt. Sed Proculus et Cassinus usumfructum nominum ita accepisse videntur, ut ipsae sortes in potestate fructuarii essent, eo quo diximus modo. Atque hoc sensu nomina non nisi ad quasi usumfructum pertinere posse, tanquam usumfructum pecuniarum, manifesta res est. Unde sic videtur colligendum; fere ut diximus, si ususfructus nominum in eodem statu relinquendorum sit relictus, nihil obstare, quominus sit verus ususfructus, aut ejus exemplum. Si vero sortes ipsae in arbitrio fructuarii sint, pecuniasque ipse exigere possit, opus est cautione de restituendo tantundem, quae facit quasi usumfructum. Nam hoc est medium, quo res ususfructus incapaces, ad similitudinem ususfructus rediguntur, ut caveat fructuarius, si non easdem res, sed tantundem, vel aestimationem esse redditurum. *Huberi Praelect. T.* 2. *lib.* 7. *tit.* 5. *de usufructu ear. rer. quae usu consumuntur vel minuuntur n.* 2.

Vedi *Beni immobili*, e *Beni mobili*.

Dei dritti dell' usufruttuario.

» §. 5. L' usufruttuario ha il dritto di godere di ogni specie di frutto naturale, industriale o civile, che possa produrre la cosa di cui ha l' usufrutto. *Art.* 507. *Leg. civ.*

La massima è di Celso.

» Quicquid in fundo nascitur, quicquid inde percipi potest ipsius fructuarii est .... Et si apes in eo fundo sint, earum quoque ususfructus ad eum pertinet. Sed et si lapidicinas habeat, et lapides caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum (*et fruiturum*) Sabinus ait, quasi bonum patrem familias, quam sententiam puto veram. Sed et si metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur ususfructus non partium, continentur legato *L.* 10. §. 1. *D. de usufructu et quemad.*

» §. 6. I frutti naturali sono quelli che la terra produce da se stessa. Il prodotto ed il parto degli animali sono pure frutti naturali.

» I frutti industriali di un fondo sono quelli che si ottengono colla coltura. *Art.* 508. *Leg. civ.*

Vinnio enumera nel modo stesso i frutti naturali, e gl' industriali.

» Naturales fructus sunt quos natura ex re ipsa producit; eorumque duplex item potest esse consideratio: aut enim natura sola, et sponte magis quam diligentia hominis proveniunt, ut poma, oleae, nuces, lignum, foenum; aut natura quidem adjutrice, ceterum facto magis et industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor, et industria hominis, industriales vulgus interpetrum appellavit; cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata. *Vinnii Institut. Lib.* 2. *tit.* 1. *de rerum divisione, et acquirendo rer. dom.* §. 35. *n.* 1.

Delvincourt chiama benanche i frutti puramente naturali quando vengono prodotti da se stessi senza l' abituale soccorso della industria dell' uomo » poichè se non si riguardassero come frutti naturali che quelli i quali assolutamente non hanno alcun bisogno della industria umana, se ne diminuirebbe sensibilmente il numero; mentre i boschi stessi hanno sempre bisogno di qualche cura, quando anche non fosse che nella loro gioventù. Ma poichè queste cure non sono abituali, nè si ripetono periodicamente in certi tempi, come per le messi, si ascrivono i boschi nella classe de' frutti puramente naturali. Inoltre questa divisione de' frutti in puramente naturali ed industriali non si è qui collocata che a dippiù; giacchè in dritto non ne risulta alcuna differenza. *Delvincourt. Corso di cod. civ. T.* 3. *nota* 9. *al tit.* 3.

» §. 7. I frutti civili sono le pigioni delle case, gl' interessi de' capitali esigibili, le rendite arretrate.

» I fitti de' fondi locati ed i canoni enfiteutici si annoverano pure nella classe dei frutti civili. *Art.* 509. *Leg. civ.*

Egualmente Vinnio.

» Civiles dicuntur qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jura percipiuntur; cujus generis sunt usurae, mercedes, pensiones, reditus annui, unde nec proprie fructus sunt *L. usurae* 121. *D. de verb. signif. L. si navis* 62. *de rei vind.* sed in fructu numerantur, quia vicem fructuum obtinent. *Vinni Institut. lib.* 2. *tit.* 1. *de rerum divisione et acquir. rer. dom.* §. 35. *n.* 1.

» §. 8. I frutti naturali ed industriali pendenti da' rami o uniti al suolo nel momento in cui comincia l' usufrutto, appartengono all' usufruttuario.

» I frutti che si trovano nello stesso stato al momento in cui finisce l' usufrutto, appartengono al proprietario, senza compenso, nè da une parte nè dall' altra, de' lavori, e delle sementi; ma senza pregiudizio della porzione de' frutti che potessero spettare al colono parziario, se vi fosse, al tempo in cui incominciò l' usufrutto, o venne a cessare. *Art.* 510. *Leg. civ.*

Alla prima parte dell' articolo corrisponde il responso di Ulpiano.

» Si pendentes fructus jam maturos reliquerit testator, fructuarius eos feret, si die legati cedente adhuc pendentes deprehenderit; nam extantes fructus ad usufructuarium pertinent. *L.* 33. §. 1. *D. de usufr. et quemad.*

Casus. Testator legavit mihi usumfructum, in quo erant segetes, et alii fructus super ar-

bores; quaeritur cujus essent si tempore hereditatis aditae adhuc sunt super fundum? Et respondetur quod sunt fructuarii. »

Per l'altra parte dell'articolo valgano gli esempj dati da Paolo intorno alla pertinenza dei frutti, dovuti così all'usufruttuario come al padrone del fondo.

» Si usufruttuarius messem fecit, et decessit, stipulam quae de messe jacet heredis ejus esse Labeo ait: spicam quae terra teneatur domini fundi esse, fructumque percipi spica aut foeno caeso, aut vua adempta, aut excussa olea; quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scribit, ita aliter observandum de ea olea quae per se decidit. Julianus ait fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox qui a solo separati sunt. *L.* 13. *D. Quibus modis usufructus, vel usus amittatur.*

Casus. Si usufructuarius fecit messem, idest secavit segetem, et adhuc non est in horreo recondita vel coacta, idest batuta, cujus sit? et dicit Labeo quod est heredis fructuarii; et idem in olea, et vua collecta, licet nondum coacta, ut inde sint fructus extracti. Sed aliud est, adhuc tenetur in terra spica, vel vua in vinea, quia tunc est proprietarii. Item aliud est in ea oliva vel fructu, qui per se cecidit, quia est proprietarii. Sed Julianus corrigens dicit quod non sunt fructuarii, vel heredis ejus, nisi sint in horreis reconditi; in bonae fidei autem possessore efficiuntur ejus eo ipso quod a solo sint separati, secundum omnes Labeonem scilicet et Julianum. Vel dic secundo qui facit differentiam inter fructuarium, et bonae fidei possessorem; quia fructuarii fiunt statim quod a solo sunt separati vel a se, vel ab alio nomine suo; sed bonae fidei possessoris a quocunque separentur, et cujuscunque nomine. »

Delvincourt porta l'analisi nel seguente modo al nostro articolo. » *Principalmente* ove si tratti di beni immobili, egli dice, l'usufruttuario raccoglie a suo profitto tutti i frutti della cosa. *Quid* riguardo alla caccia, ed alla pesca? L'usufruttuario avendo il dritto di godere come il proprietario, i prodotti dell'una, e dell'altra appartengono a lui coll'obbligo però di usarne da buon padre di famiglia. Quindi egli dee lasciare alla cacciagione il tempo ed i mezzi di riprodursi; e per la pesca dee ripopolare gli stagni *L.* 9. §. 5. e *L.* 62. *D. de usufructu.*

In secondo luogo pei frutti che l'usufruttuario dee raccogliere al cominciare dell'usufrutto, egli soggiunge » purchè però l'usufrutto non venga ad estinguersi prima che gl'indicati frutti sieno percepiti; altrimenti siccome si troverebbero pendenti dalle radici al momento che cessa l'usufrutto, apparterrebbero al proprietario. »

Finalmente per ciò che riguarda i frutti dovuti al proprietario nel momento in cui finisce l'usufrutto, senza pregiudizio della porzione appartenente al colono parziario, egli intende » che se per esempio vi ha sul fondo al cominciare dell'usufrutto un fittajuolo a metà, quantunque l'usufruttario abbia secondo la regola generale il dritto di percepire tutti i frutti, pure non potrà esigere la metà riservata al detto fittajuolo. Si è voluto dispensare l'usufruttuario dal rimborsare le spese dei lavori, e semente, quando sieno state fatte dal proprietario, ma non già quando sieno state fatte da un terzo, il quale ha dovuto calcolare sulla esecuzione del suo fitto.

» È lo stesso per parte del proprietario riguardo al colono parziario, il quale potrebbe trovarsi sul fondo al termine dell'usufrutto. *Delvincourt. Corso del Cod. civ. Tomo* 3. *note* 15. 16. *e* 17. *al tit.* 3.

» §. 9. I frutti civili s'intendono acquistati » giorno per giorno, ed appartengono all'usu» fruttuario in proporzione della durata del » suo usufrutto. Questa regola si applica a' fitti » de' fondi locati, egualmente che alle pigioni » delle case ed agli altri frutti civili. *Art.* 511. » *Leg. civ.*

» Qui è il luogo di spiegare, dice Delvincourt, come il codice situando nella classe de' frutti civili il prezzo del fitto de' beni rurali, che anticamente si riguardava come frutto naturale o d'industria, abbia cangiato il dritto dell'usufruttuario.

» Siavi un podere affittato dodicimila franchi pagabili a Natale di ciascun anno, e di cui la ricolta comincia al 1 luglio e termina al 31 agosto; si supponga adesso che questo

podere sia sottoposto ad un usufrutto, e che l'usufruttuario venga a morire il 30 giugno. Anticamente si credeva uniforme alla legge 58 *D. de usufructu*, che il prezzo del fitto, fosse rappresentativo della ricolta; che in conseguenza spettava in intero all'usufruttuario dal momento che terminava la ricolta, quando anche non fosse ancora scaduta l'epoca del pagamento, essendosi accordato il termine unicamente in favore del fittuario, onde dargli il tempo di vendersi i frutti e procurarsi il danaro. Per la stessa ragione si opinava, che non poteva riceversi dall'usufruttuario alcuna porzione del prezzo, finchè non fosse cominciata la ricolta, quando anche fosse stato tenuto il colono a pagare in rate, e che una o due di queste ne fossero scadute. In seguito di tali principj si osserva che nella indicata ipotesi la successione dell'usufruttuario non avrebbe avuta alcuna cosa da reclamare sul prezzo del fitto dell'ultima annata; poichè noi supponiamo ch'egli sia morto il 30 giugno, e che la ricolta non doveva cominciare, che l'indomani. Nell'attual dritto, la di lui successione potrebbe reclamare seimila franchi.

» Se noi supponiamo intanto ch'egli sia morto al 1 settembre, è chiaro che nell'antico dritto la di lui successione avrebbe potuto reclamare dodicimila franchi, intero prezzo dell'annata; poichè supponiamo che la ricolta intera fosse terminata alla vigilia della di lui morte. Nel presente dritto non potrebbe reclamare che ottomila franchi.

» Deesi convenire che l'antico dritto era più conforme al rigore de' principii. Egli è di fatti singolare che il dritto dell'usufruttuario si cangi secondo che abbia dato a fitto, o che abbia coltivato egli stesso il fondo soggetto all'usufrutto; poichè si vede che nella ipotesi qui sopra indicata, se il fondo fosse coltivato dallo stesso usufruttuario, colui che fosse morto il 30 giugno, non avrebbe percepito alcun frutto; e colui che fosse morto il 1 settembre li avrebbe tutti raccolti. Ma da un altro lato, il dritto antico somministrava ancora molta materia a difficoltà, specialmente quando l'usufruttuario veniva a morire durante il ricolto. Bisognava far la stima di ciò che la parte era all'intero del ricolto, onde accordare alla successione dell'usufruttuario una porzione corrispondente nel prezzo del fitto; faceva d'uopo adunque degli esperti, e di una stima ec. Si è voluto evitare tutto questo, e si è adottato un mezzo termine il quale fa in qualche modo compenso, poichè l'usufruttuario può guadagnare in un caso come può perdere nell'altro.

» *Quid*, se il fondo sia coltivato da un colono parziario? Come in tal caso il prezzo del fitto consiste in una porzione de' frutti raccolti, io penso che debba essere riguardato come frutto naturale, e che i dritti delle parti debbano andare regolati in conseguenza. Se dunque la ricolta non è cominciata, la successione dell'usufruttuario non ha che reclamare. Se quella è terminata, è dovuta a questa la porzione tutta del prezzo stabilito pel fitto annuale. S'essa è cominciata e non terminata, è dovuta una parte proporzionata a ciò che se n'è distaccato. Se dunque il fitto, per esempio, è a metà, gli eredi dell'usufruttuario prenderanno la metà di ciò che se n'è distaccato, ec. In questa guisa poco imbarazzo vi è, nessun estimo. *Delvincourt. Corso di Cod. civ. vol.* 3. *nota* 18. *al tit.* 3.

§. 10. Se l'usufrutto comprende cose » di cui non si possa far uso senza consumarle, come il denaro, i grani, i liquori, » l'usufruttuario ha dritto di servirsene, ma » coll'obbligo di restituirle in eguale quantità, » qualità e valore, o di pagarne la loro stima, al termine dell'usufrutto. *Art.* 512. » *Leg. civ.*

Cajo professò nel soggetto caso la massima che l'usufruttario dee dar cauzione. »

» Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium debet transferri, et ab eo cautio desideranda est; ut quandocunque is mortuus, aut capite minutus sit, ejusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine caveendum, quod et commodius est. Idem scilicet de caeteris quoque rebus quae usu consumuntur, intelligimus. *L.* 7. *D. de usufr. earum rerum. etc.*

Casus. Legasti mihi usumfructum in vino, frumento, vel oleo: haeres quidem tuus debet in me transferre proprietatem, et ego satisdabo

de toto restituendo, vel ejus aestimationem. *Vivianus.*

Risulta dalle disposizioni di questo articolo, che costituito l'usufrutto su di cose fungibili, tale usufrutto produce all'usufruttuario un dritto eguale alla proprietà; imperciocchè sono esse a consumarsi col loro godimento. Questa ipotesi però non togliendo al proprietario il dritto che rappresenta su le cose stesse, mette l'usufruttuario nell'obbligo di restituirle in qualità eguale, o di pagarne la loro stima. Ma su qual tenore? Si terrà presente il valore della cosa nel incominciare o nel finire l'usufrutto?

Delvincourt ci porge le seguenti osservazioni: » L'articolo dice *di restituirne la stima al finir dell'usufrutto*; ma siccome queste parole *al finir dell'usufrutto* sono separate dalle precedenti con una virgola, esse debbono riferirsi secondo le leggi grammaticali, alla frase principale, vale a dire all'obbligo di restituire, ed altro non significano che le cose o la stima debba essere restituita al finir dell'usufrutto; ciò è fuor di dubbio, ma non toglie la difficoltà. Coloro che pretendono doversi il valore considerare al finir dell'usufrutto, si appoggiano sulla scelta che la legge concede all'usufruttuario di restituire la cosa in natura, o in danaro. Sembrami dunque conforme all'equità, che ove egli non la restituisca in natura, debba restituire un valore uguale a quello dell'oggetto in natura, o in altri termini, il valore che l'oggetto ha nel momento della restituzione, vale a dire alla fine dell'usufrutto.

» I partigiani del contrario parere rispondono, che non è lo stesso delle cose fungibili come delle non fungibili: riguardo alle prime, il dritto del godimento si confonde con quello della proprietà, e l'usufruttario diventa in questo caso proprietario dal principio della cosa sottoposta al suo usufrutto, coll'obbligo però di restituirla in simile quantità e qualità, o di pagarne il valore; il quale ove preferisca pagarlo, debba esser quello di cui ha avuto l'usufrutto, ed in conseguenza quello che avevano gli oggetti quando l'usufrutto ebbe principio. Essi citano in appoggio della loro opinione la legge 7, *D. de usuf. ear. rer.*; il § 2, *istit. de usuf.*; l'opinione di *Domat. tit. dell'usufrutto sez. 3. n. 7*; l'articolo 868 del codice (787) il quale sottopone l'erede donatario de' mobili a conferire il valore che gli oggetti donati avevano al momento della donazione; finalmente l'articolo 1532 (T.) il quale nel caso di non comunione sottomette il marito a restituire le cose fungibili che fanno parte degli effetti mobili recati da sua moglie sul grado della stima che ha dovuto farsene nel contratto di matrimonio.

» Per quanto sien validi i motivi di quest'ultima opinione, io penso che devesi secondo la legge e l'equità stare alla precedente. In primo luogo esso può appoggiarsi sull'articolo 922 (839) il quale decide che per determinare se una donazione ecceda o no la quota disponibile, bisogna considerare il valore degli oggetti al momento della morte del donante; sull'articolo 1895 (1767) il quale dice, che il debitore di una somma di danaro deve restituire la somma numerica improntata, in ispecie correnti al momento del pagamento, senza badare all'aumento, o alla diminuzione delle specie che avrebbe potuto aver luogo nell'intervallo; finalmente, e ciò mi sembra decisivo, sull'articolo 1903 (1775) il quale porta che colui che ha preso ad imprestito le cose fungibili, trovandosi nella impossibilità di restituirle in natura, è tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo ed al luogo in cui la cosa doveva essere restituita in virtù della convenzione. Or in tutti questi casi, il debitore era diventato proprietario dal principio, e d'altronde, come fu già detto nella nota precedente, l'usufrutto delle cose fungibili è realmente un vero imprestito.

» Finalmente l'opinione contraria sarebbe molto pregiudizievole agl'interessi del proprietario. Di fatti la legge concedendo all'usufruttuario la scelta di restituire la cosa in natura o in valore equivalente, il proprietario non può avere un grande interesse a ricevere piuttosto l'una che l'altra, se trattasi del valore al finir dell'usufrutto; ma se all'opposto si decidesse che si tratti del valore dell'oggetto al principio dell'usufrutto, egli è chiaro che l'usufruttuario il quale ha la scelta, non mancherà di restituire questo valore, se gli oggetti sieno aumentati di prezzo, o di resti-

tuire gli stessi oggetti in natura, se ne sia il prezzo diminuito, di modo che tutti gli eventi saranno contro il proprietario. Quest' ultima ragione rende assolutamente inapplicabili alla quistione proposta le autorità citate in favore dell'opinione contraria. Di fatti in queste differenti disposizioni, il debitore non ha la scelta: egli deve restituire in tutti i casi l'ammontar della stima che fu fatta in principio; la sua sorte è da quel punto stabilita, sia che l'oggetto aumenti, sia che diminuisca di valore; di maniera che la vicenda sarà uguale per lui come pel creditore. *Delvincourt. Corso di Cod. civ. Vol.* 3. *nota* 14. *al tit.* 3.

» §. 11. L'usufrutto di una rendita vitalizia non dà dritto all' usufruttuario di riscuotere le annualità arretrate prima del suo usufrutto: può però esigere gli arretrati maturati e non esatti durante il suo usufrutto. *Art.* 513. *Leg. civ.*

Le annualità della rendita vitalizia entrano nella classe dei frutti civili; conseguentemente a norma dell' articolo 511. (*Vedi* §. 9.) appartengono all' usufruttuario in proporzione della durata dell' usufrutto.

Per conoscere inoltre l'indole della rendita vitalizia Vedi *Mutuo* §. 18. e seg.

» §. 12. Se l'usufrutto comprende cose che senza consumarsi in un tratto, si deteriorano a poco a poco coll'uso, come la biancheria e la mobiglia, l' usufruttuario ha dritto di servirsene per l'uso a cui sono destinate, e non è obbligato a restituirle in fine dell' usufrutto se non nello stato in cui si trovano, non deteriorate però per suo dolo o sua colpa. *Art.* 514. *Leg. civ.*

Su l'usufrutto stabilito nelle vesti Ulpiano insegna non abusarsene, ma di farne delle medesime l'uso che n'è determinato.

» Si vestimentorum usufructus legatus sit non sicut quantitatis usufructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur. Proinde et si scenicae vestis ususfructus legetur, vel aulei, vel alterius apparatus, alibi quam in scena non uteretur. *L.* 18. §. 3. *D. de usufr. et quemad.*

Il medesimo giureconsulto mette poi l'obbligo all' usufruttuario delle vesti di restuirle dopo terminato l'usufrutto, senza però essere tenuto ad alcuna indennizzazione se le restituisce consunte per averne abusate.

» Si vestis ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit finito usufructu, vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo attritam reddiderit *L.* 9. §. *penult. D. Usufr. quemadmodum caveat.*

» Fa d' uopo, dice Maleville, distinguer bene il caso compreso in questo articolo da quello dell' articolo 547. (*Vedi Accessione* §. 3.) come bisogna mettere un divario fra le cose che non si possono usare senza distruggerle incontanente, e le cose che coll' uso a poco a poco si consumano.

» Nella prima estensione di questo articolo si aveva aggiunto, che se taluna delle cose, di cui si tratta, fosse interamente consumata dall' uso senza colpa dell' usufruttuario, egli non era più tenuto a farla vedere. Di vero tal era la disposizione della *L.* 9. §. *penult. D. Usufr. quemad. cav.* Ciò non ostante fu tolta l'aggiunta pel motivo che si considerò esser difficile che i mobili si guastino interamente per l'uso che ne fa senza che ve ne resti un qualche avanzo. Quindi si temette di non porgere all' usufruttuario un pretesto di non nasconderli in suo vantaggio, qualora non si obbligava di mostrarli come guasti. *Maleville. Osservaz. all'art.* 589. *del cod. civ.*

» §. 13. Se l'usufrutto comprende selve cedue, l' usufruttuario è tenuto ad osservare l'ordine, e la quantità de' tagli, giusta la distribuzione, e la pratica costante de' proprietarj; ma nè egli nè gli eredi suoi han dritto ad indennità per causa di non aver fatto, durante l'usufrutto, i tagli ordinarj.

» I piantoni, quando si possono estrarre da un semenzajo senza deteriorarlo, formano egualmente parte dell' usufrutto, coll' obbligo all' usufruttuario di conformarsi agli usi de' luoghi per lo rimpiazzo. *Art.* 515. *Leg. civ.*

Su la denominazione di selve cedue Vedi *Beni immobili* §. 3.

» Ma conformandosi anche a quest' uso, dice Delvincourt, egli profitta di tutti i tagli,

l'epoca de' quali giunge durante il corso del suo usufrutto; di maniera che ove si supponga un bosco ceduo che si tagli in tutti i dodici anni, e che al momento dell'incominciar dell'usufrutto scorsi ne siano undici, basterà che l'usufrutto duri un anno affinchè l'usufruttuario abbia il dritto di fare il taglio, e di appropriarselo; viceversa, se il bosco ceduo non aveva che un anno quando egli entrò nel godimento, l'usufruttuario non avrebbe nulla da pretendere se al più non fosse nel caso in cui il suo usufrutto si prolungasse fino all'epoca alla quale il bosco fosse giunto al suo dodicesimo anno.

» *Quid*, se abbia fatto il taglio pria dell'epoca determinata dal sistema ordinario? Il dritto dell'usufruttuario *est in suspenso*, ed è subordinato alla durata futura dell'usufrutto. Se si prolungasse fino a che i boschi avessero l'età prescritta, il proprietario non avrebbe che reclamare; altrimenti gli è dovuta una indennità la quale debb'essere eguale alla differenza che ritrovasi fra l'età del bosco al momento che cessa l'usufrutto, e quella che avrebbe avuta se il taglio non fosse stato indebitamente fatto. Per esempio, il taglio doveva esser fatto a dodici anni; l'usufruttuario lo ha eseguito ad otto, tre anni dopo è morto: il proprietario non ritrova sul suo terreno che un bosco di tre anni, mentre che se l'usufruttuario non avesse fatto un taglio prematuro, ne avrebbe ritrovato uno di undici anni. La indennità debb'essere stabilita su questa base. *Delvincourt. Corso di Cod. civ. Vol.* 3. *nota* 20. *al tit.* 3.

La corte imperiale di Parigi in virtù di queste medesime disposizioni decise nel 22 luglio 1812 che l'usufruttuario dee conformarsi alla distribuzione dei proprietarj, quando dee aver luogo la quantità de' tagli delle selve cedue in cui egli gode l'usufrutto.

» *Fatto*. Nelle terre del Fey, di Villecien e di Villevallier, la di cui proprietà era appartenuta alla signora di Chamousset si trovavano 717 jugeri di selva cedua della stessa natura. Prima dell'anno 10 questa signora non aveva serbato alcun ordine relativamente al taglio di queste selve. Avendone conosciuto l'inconveniente fece fare allora una distribuzione, ma solamente per 447 jugeri, il di cui taglio fu diviso in 10 anni, e presentava un taglio annuale di 44 a 45 jugeri. È necessario osservare, che in ogni divisione, le selve da tagliarsi doveano avere sedici anni. Per conformarsi a questa distribuzione, e porre un rimedio alle anticipazioni anteriori, la signora di Chamousset si astenne da qualunque taglio per tre anni consecutivi. Nell'anno 11 vendè il taglio di questi dieci anni ai signori Ferrand, e Champvallon coll'obbligo di non tagliare per tre anni, e di conformarsi ne' dieci altri alla distribuzione, di cui trattasi.

» I 267 jugeri, che completavano i 714 essendo stati di fresco tagliati non furono soggetti alla distribuzione.

» Nel 18 maggio 1806 la signora di Chamousset vendè al sig. Cornisset Desprez la nuda proprietà delle terre del Fey, Villecien, e Villevalier.

» Le clausole da rimarcarsi furono 1. Che la signora Chamousset godrebbe sua vita durante dell'usufrutto di tutt'i beni compresi nella vendita, coi pesi, a'quali sono ordinariamente tenuti gli usufruttuarj, da buon padre di famiglia; 2, che i dritti e le obbligazioni rispettive delle parti, relativamente alla nuda proprietà, ed all'usufrutto, sarebbero regolati in conformità del codice civile, art. 578, e seguenti fino all'art. 624 inclusivamente.

» La signora Chamousset dichiarò dippiù, ch'ella non avea affatto anticipata la percezione de' frutti de' detti beni, e che rinunciava di farlo nel tratto successivo.

» Nel 1810 sulla voce, che la signora di Chamousset si proponeva di far tagliare dei 267 jugeri non soggetti alla distribuzione, le selve cedue che avessero solamente quindeci anni di taglio, il sig. Cornisset intentò contro di lei una domanda diretta ad ottenere, che dopo sedici anni in conformità della mentovata distribuzione le selve si fossero tagliate, e che in conseguenza si ordinasse di procedersi alla divisione di questi 267 jugeri in sei tagli alla ragione di 44 a 44 jugeri per anno, e 'l di cui taglio annuale cominciasse in seguito da quello de' 10 tagli venduti ai signori Champvallon e Ferrand; che in questo modo la totalità delle selve fosse naturalmente divisa in sedici anni di taglio.

» Nel 18 agosto 1811 il tribunale di prima istanza di Joigny pronunziò sentenza, colla quale rigettò la dimanda del sig. Cornisset. Attesochè questa dimanda è prematura, giacchè non vi è pruova, che la signora di Chamousset debba tagliare nel 1812 una quantità di selva maggiore di quella portata nel fitto de' signori Ferrand, e Champvallon; che la signora di Chamousset ha questa volontà, e niuna cosa può opporsi al taglio di quelle selve, che hanno acquistato l'età, nella quale ordinariamente si tagliano; che a' termini dell' art. 590 del codice civile, l' usufruttuario dee tagliare le selve cedue secondo l' uso costante de' proprietarj; che l' uso della signora di Chamousset è di tagliare in ogni quindeci anni; che quest' uso è anche quello di un certo signor Marot, proprietario di selve contigue; che se la signora di Chamousset si trova di poter fare molti tagli in un' anno, questo è, perchè è stata per molti anni senza tagliare; che l' usufruttuario non è tenuto di lasciare al proprietario una rendita annualmente eguale, basta che il fondo non sia deteriorato.

» *Appello*. La quistione da esaminarsi, si è detto dal signor di Cornisset, è quella di sapere, se quando esiste una distribuzione per parte del proprietario relativamente al taglio di una porzione delle sue selve cedue, debba questa essere osservata, in mancanza di stipulazione in contrario dal proprietario, riguardo al tagliamento dell' altra porzione della stessa natura, che non è entrata nella detta distribuzione. L'affermativa è indubitata.

» In fatti, la legge tira una linea molto distinta tra i diritti dell'usufruttuario, e quelli del nudo proprietario.

» L'usufruttuario non ha che il solo godimento della cosa, coll' obbligo di conservarla al proprietario: *jus utendi*, *fruendi*, *salva earum substantia*. A questa facoltà di godere è annesso l' obbligo di amministrare da buon padre di famiglia, di coltivare come si conviene, di niente distruggere di quello che può essere utile al proprietario. *Omnibus uti debet*, *quasi bonus*, *et diligens paterfamilias ... nec utilia detrahere ... et cogi potest recte colere. L. 9. e 13. cod. de usufr. et quemad.*

» I limiti dei dritti dell' usufruttuario fissano la estensione di quelli del proprietario. Questi, non spirato l' usufrutto, riprende il godimento della cosa con tutt' i vantaggi, di cui essa naturalmente era suscettibile.

» Questi sono i principj, che il codice civile ha consagrati.

» L' art. 578 definisce l' usufrutto come la legge romana, il diritto di godere delle cose, di cui un' altro ha la proprietà, come l'istesso proprietario, col peso di conservarne la sostanza.

» Secondo l' art. 582, l' usufruttuario ha il diritto di godere di ogni specie di frutti, che può produrre l' oggetto, di cui ha l'usufrutto.

» L' art. 586 decide finalmente che i frutti non appartengono all' usufruttuario, che in proporzione della durata del suo usufrutto.

» Le conseguenze discendono naturalmente.

» Poichè l' usufruttuario non può godere come l'istesso proprietario, è chiaro che questi dee, alla cessazione dell' usufrutto, ritrovare un godimento eguale a quello dell'usufruttuario. I frutti non appartenendo a costui che in proporzione della durata dell' usufrutto, è cosa evidente ch' egli non dee godere in modo de' frutti, che consumi anticipatamente quelli di molti anni, ed indi lascia il proprietario senza godimento, per più, o meno tempo.

» Applichiamo ora questi principj al caso nostro.

» I boschi di cui è quistione, essendo naturalmente destinati a somministrare una rendita annuale, la signora di Chamousset, come usufruttuaria, dee dunque usarne in modo che dopo la sua morte il signor Cornisset ritrovi un godimento annuale, eguale a quello, ch' essa avrebbe avuto durante il corso del suo usufrutto. Se fosse altrimenti, l'usufrutto si aumenterebbe a spese della proprietà, l' usufruttuario si arrichirebbe in pregiudizio del proprietario.

» Anche il codice civile, art. 590 contiene una disposizione espressa sul modo di godere di questa sorte di proprietà. Se l'usufrutto, dice questo articolo, comprende selve cedue, l' usufruttuario è tenuto di osservare l' ordine, e la quota di tagliamenti, in conformità della disposizione, o dell'uso costante de' proprietarj.

» Dalla disposizione di questo articolo si osserva, che in questa materia, se esiste una distribuzione del proprietario, l'osufruttuario deve osservarla; che se non esiste alcuna l'uso è quello che dee servir di regola.

» Ora nella specie presente, esiste questa distribuzione. Essa dunque dee servir di base all'usufrutto annuale della signora di Chamousset.

» Ma si dice: questa stessa distinzione non è caduta sopra i 267 jugeri di cui è questione, ma solamente sopra gli altri 44. In conseguenza essa non è applicabile alla presente specie: l'uso solo è quello che dee regolarla. Ora l'uso della signora di Chamousset simile a quello di uno de' suoi vicini era di tagliare le sue selve cedue in ogni 15 anni.

» Questo ragionamento è specioso. Di fatti importa poco che la distribuzione da noi invocata siasi fatta da principio pei 447 jugeri, giacchè essendo i rimanenti 267 della stessa natura de' primi, ed appartengono all'istesso proprietario, essa deve loro necessariamente applicarsi.

» L'atto solo della signora di Chamousset di far procedere ad una distribuzione prova abbastanza la sua intenzione di dividere il tagliamento delle sue selve cedue in un certo numero di anni. Volendo la signora Chamousset questa distribuzione per una porzione importante de' suoi boschi, bisogna dire che l'ha voluto necessariamente per la totalità essendo questa della stessa natura, ovvero bisognerebbe dire che restringendosi ad un numero di jugeri, per esempio, a 44 per ciascuno de' dieci anni consecutivi, avrebbe inteso di tagliare il restante in una o due annate, ed indi restare per quattro o cinque anni senza niente a tagliare, e senza riserbarsi alcuna rendita. Qual'è ora la dichiarazione che voleva fare la signora Chamousset pei rimanenti 267 jugeri?

» La natura, la forza delle cose indicano: i 447 jugeri erano divisi in modo di formare un tagliamento annuale di 45 jugeri.

» I 267 restavano dunque per somministrare un simile godimento di 45 jugeri nello spazio di sei anni. La distribuzione de' 447 jugeri dimostra dunque la intenzione di dividere il taglio totale in sedici anni, e di limitare il godimento annuale, e regolare a 45 jugeri.

» Dippiù l'articolo 590 codice civile di sopra citato, non istabilisce più alcuna distinzione. Essa dice positivamente, che l'usufruttuario si conformerà alla distribuzione de' proprietarj, donde si dee conchiudere che quando esiste una distribuzione, siasi fatta per una porzione soltanto de' boschi omogenei, pure essa è applicabile alla totalità.

» Quindi è che invano si vuole invocare l'uso della signora Chamousset, di tagliare le sue selve cedue in ogni 15 anni. Dall'altra parte quest'uso non è abbastanza giustificato, giacchè costa al contrario, che la signora di Chamousset prima della distribuzione faceva fare i tagli delle sue selve in una maniera molto irregolare; ma fosse anche esistito, ella lo avrebbe distrutto con questa distribuzione, la quale per la totalità delle selve omogenee, dee servir di regolamento all'usufruttario.

» L'appellante invocava anche le clausole dell'atto di vendita, dalle quali cercava di far risultare, ch'era stata intenzione della signora di Chamousset di conformarsi per la totalità de' suoi boschi cedui alla distribuzione, di cui trattasi.

» La signora di Chamousset s'impegnava a sostenere che la sua distribuzione non riguardava che i 442 jugeri, pe' quali solamente erasi fatta, e non i rimanenti 267, chè non vi si erano fatti entrare, che riguardo a questi ultimi, l'uso di lei doveva servir di regola, che questo uso era di lasciare i suoi boschi cedui in ogni quindeci anni; che il signor Marot uno de' suoi vicini praticava lo stesso; che l'articolo 590 cod. civ. doveva essere inteso in questo senso (relativamente alla distribuzione) ch'essa produrrebbe il suo effetto solamente riguardo a quei boschi cedui, pei quali sarebbesi fatta, e non riguardo agli altri; e che per questi ultimi, l'uso di proprietarj in mancanza di una distribuzione speciale, fosse quello, che dovesse servir di regola all'usufruttario.

» *Decisione.* La corte attesocchè, ai termini dell'articolo 590 del codice civile, l'usufruttuario di selve cedue è obbligato ad osservare l'ordine e la quota de' tagli, in conformità della distribuzione o dell'uso costante de' pro-

prietarj? Attesochè fin dall'anno 10 la vedova di Chamousset aveva fissata una distribuzione sopra 447 jugeri, che formavano la maggior parte delle selve cedue dipendenti da'suoi poderi del Tey, di Villecien, e Villevallier, per essere tagliati in ogni dieci anni alla ragione di 44, o 45 jugeri per ogni anno, donde risulta la volontà di far cadere nella distribuzione il rimanente che rimontava a 265 jugeri, affine di essere tagliati in ogni sei anni anche alla ragione di 44 o 45 jugeri per ciascuno.

» Atteso che si è dalle parti confessato che nel mese di frimsjo anno 11 la vedova Chamousset vendè il taglio de' 10 anni della selva, la di cui distribuzione era realizzata, ai cognominati Ferrand, e Champvallon col peso di far passare tre anni senz' alcun tagliamento, e di conformarsi negli altri dieci alla distribuzione.

» Attesochè nel contratto di vendita della nuda proprietà de' detti poderi, e selve approvato dalla vedova di Chamousset in favore di Cornisset-Desprez nel 18 maggio 1806, la detta vedova di Chamousset si obbligò di godere da buon padre di famiglia quei beni de' quali ella si avea riserbato l'usufrutto sua vita durante; che vi ha dichiarato di non aver affatto anticipata la percezione dei frutti, il che non poteva avverarsi, che nel solo sistema della distribuzione; e che rinunciò formalmente di fare nel tratto successivo alcuna anticipazione sulla detta percezione, il che non poteva realizzarsi senza completare la distribuzione per le sei ultime annate, perchè in caso contrario, e nel sistema della vedova di Chamousset, ella avrebbe potuto duplicare, e triplicare molti anni di godimento.

» Attesochè se fosse stata intenzione della vedova di Chamousset nel momento della vendita, di fare il taglio delle selve, che rimanevano a misura che giungessero alla vetustà di quindici anni, siccome essa stipulava, essa avrebbe dovuto farne la riserva, ciò che non fece.

» Annulla l'appello, e ciò di cui è appello: emendando, assolve l' appellante dalle condanne contro di lui pronunziate; nel merito etc. »

Pel taglio degli alberi che possa fare l'usufruttuario a danno del proprietario del fondo, han luogo le disposizioni dell'articolo 445 delle leggi penali. Vedi *Danno* §. 9.

« §. 14. L'usufruttuario uniformandosi sem» pre all'epoche ed alla pratica degli antichi » proprietarj, profitta ancora delle parti di » bosco di alberi di alto fusto, che sono state » distribuite in tagli regolari; sia che si fac» ciano periodicamente sopra una certa esten» sione di terreno, o si facciano di una de» terminata quantità di alberi presi indistin» tamente su tutta la superficie del fondo *Art.* » 516. *Leg. civ.*

Il profitto che l'usufruttuario possa fare delle parti di bosco di alberi di alto fusto è sempre relativo, al dir di Celso, a quello che sia per farne un buon padre di famiglia.

» Nam et si fundi usufructus fuerit legatus; et sit ager unde palo in fundum, cujus usufructus legatus est, solebat pater familias uti, vel salice, vel arundine; puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat (*utetur quidem quasi instrumento*, *si voluntas legantis talis appareat*) nisi forte salicti ejus, vel sylvae palaris, vel arundineti usufructus sit legatus; tunc enim et vendere potest. Nam et Trebatius scribit sylvam caeduam, et arundinetum posse fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat, et vendere licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti, ad modum eundem referendum est, non ad qualitatem utendi. *L.* 10. *§. ult. D. de usufructu et quemad.*

» Il bosco ceduo, osserva Delvincourt, è considerato come frutto, e non quello di alto fusto, poichè il ceduo si taglia periodicamente, ed in epoche anche fra loro vicine, mentre che l' altro ordinariamente non si taglia che quando gli alberi seccansi in cima. D' altronde il primo non ha altra destinazione che quella di esser tagliato; mentre il secondo è ordinariamente destinato al divertimento. Ma siccome l' usufruttuario ha il dritto di godere come il proprietario, se costui ha anteriormente regolata l' epoca del taglio de' boschi di alto fusto, l'usufruttuario ha il dritto di continuarne la intrapresa secondo lo stesso sistema.

» Osservate la differenza che passa riguardo ai dritti dell' usufruttuario, secondo le

diverse specie di boschi. Se sono di lor natura cedui, basta questa qualità per dare all' usufruttuario il dritto di goderne, quando anche non fossero stati ancor destinati ad un taglio regolare, come se fossero troppo recentemente piantati. Ma se i boschi sono di alto fusto, siccome naturalmente non sono riguardati come frutti, è d' uopo che sieno stati anteriormente destinati ad un taglio regolare, affinchè l' usufruttuario abbia il dritto di reclamare il godimento.

» Chiamansi di speranza (*Balivaux*) quegli alberi i quali debbono essere riservati in ciascun taglio de' boschi siano cedui, sieno di alto fusto. Il di loro numero è di sedici a jugero, antica misura: essi debbono essere della specie più bella e della miglior qualità. Gli alberi di speranza ne' boschi cedui non possono esser tagliati prima di quarant' anni, ed in quelli di alto fusto non prima dell' età di cento anni. Questa provvidenza ha per oggetto di conservare i legni di costruzione, e principalmente quelli per la marina.

» Il nostro articolo suppone, che l' usufruttuario può aver dritto ai tagli de' piantoni; e di fatti appare in seguito dall' uso riferito da Denisart V. *Balivaux* n.° 5. che i piantoni de' boschi cedui appartengono all' usufruttuario, fino a che non abbiano l'età richiesta per esser riputati di alto fusto; vale a dire di quaranta a sessant' anni.

» In virtù dell' art. 39 del senato consulto dell' 8 glaciale anno 12 relativo alle senatorie, il titolare di una senatoria non può disporre de' piantoni, anche ne' boschi cedui, qualunque ne sia l'età.

» *Quid*, se l' usufruttuario abbia venduto il taglio in piede, come ordinariamente si usa, e che l' usufrutto venga a cessare prima che sia fatto il taglio, quale sarà il dritto del compratore?

» Io penso che bisogna distinguere. Se la vendita sia stata fatta all' epoca stabilita, e secondo le forme determinate dall' uso o dai regolamenti emanati per questa sorta di vendite, essa debb' esser tenuta come valida; ma debb' esserne versato il prezzo nelle mani del proprietario; nel caso opposto, è in libertà di questi di dimandarne la nullità.

» Pothier nel suo trattato della sopravvivenza vedovile n. 200, emette in vero una opinione contraria pel primo caso, relativamente alla proprietà del prezzo; ma siccome questa opinione è fondata su di una disposizione particolare dell' art. 75 della costumanza di Orleans, disposizione che non venne rinnovata dal codice, io non ho dovuto avervi riguardo.

» *Quid*, se il taglio è cominciato, ma non terminato alla morte dell' usufruttuario? Se fu eseguito secondo l' uso, i di lui eredi hanno dritto ad una porzione del prezzo, proporzionata a quello che si è tagliato, e 'l rimanente appartiene al proprietario. Ma costui non ha il dritto di reclamare in natura gli alberi che fanno parte alla vendita, ed i quali non fossero ancora tagliati alla morte dell' usufruttuario. Poichè dovendo il proprietario esser tenuto ad eseguire un fitto di 9 anni fatto dall' usufruttuario, tanto più val lo stesso per una simil vendita, la quale può in realtà assimilarsi ad un fitto di un anno. Così venne deciso in cassazione il 21 luglio 1818.

» Osservate che noi non ammettiamo nel nostro dritto la sottile distinzione del dritto romano, il quale non aggiudicava i frutti all' usufruttuario, se non perchè erano stati percepiti da lui o in suo nome. In ogni altro caso, come se fossero caduti da loro stessi, o se fossero stati rubati appartenevano al proprietario. *Leg.* 12. §. 5. *D. ad usuf. L.* 13. *D. quibus modis usuf. amitt.* Presso di noi basta che i frutti siano stati separati dal fondo, perchè appartengano all' usufruttuario, in qualunque modo la separazione abbia avuto luogo. *Delvincourt. Corso di cod. civ. vol.* 3. *Note* 21. 22. e 23. *al tit.* 3.°

» §. 15. In tutti gli altri casi non è lecito
» all' usufruttuario di valersi degli alberi di
» alto fusto. Può solamente adoperare per le
» riparazioni cui egli è tenuto, gli alberi svelti
» o spezzati per accidente: a quest' oggetto
» può anche farne abbattere, se è necessario;
» ma è tenuto di farne costare la necessità al
» proprietario. *Art.* 517. *Leg. civ.*

Per gli alberi svelti o spezzati per accidente, che l' usufruttuario può solo adoperare nelle riparazioni cui è tenuto, Ulpiano pro-

fessò eguale dottrina; anzi soggiunge, che se il campo intero è soggetto a tale disastro tutti gli alberi divengono dell' usufruttuario.

» Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum (*scilicet de lignis quae non sunt ad aedificandum, et cave quia loquitur in non caedua*) et villae (*idest domus in rure factae gratia fructuum*) posse usufructuarium ferre Labeo ait: nec materia eum pro ligno usurum, si habet unde ligno utatur; quam sententiam puto veram. Alioquin et si totus ager hunc casum passus sit, omnes arbores auferret fructuarius. *L.* 13. *in prin. D. de usufructu et quemad. quis uta.*

L'usufruttuario non può vendere questi alberi svelti, perchè destinati al semplice uso delle riparazioni; e se mai per tale uso fosse costretto farne recidere degli altri, questo dritto, al dir di Brunnemanno, non gli vien concesso senza la intelligenza da passarsene al proprietario.

» In principio hujus legis dicitur de arboribus non caeduis, sed frugiferis, si ventorum vi aut terrae motu depulsae avut evulsae sint, potest arbor bus illis uti ad comburendum, vel refectionem domus; scilicet quando aliunde non habet materiam ignis. Et sic supponitur hic, arbores in sylva non caedua vi dejectas proprietarii esse, et usufructuario nullum jus competere nisi ad necessarios usus. Et sic etiam usufructuarius, si vellet vendere tales arbores evulsas male faceret, quia in fructu non sunt, nec adest causa necessaria refectionis. Et ideo non potest excidere arbores frugiferas etiam pro reparatione fundi. Notabilis limitatio legis nostrae haec est, nisi fructuarius denunciaverit proprietario, ut tolleret. *Brunnemanni Comment. in Pand. lib.* 7. *tit.* 1. *de usufructu. ad L.* 13. *n.* 1. *ad* 5.

Pomponio distingueva. L'usufruttuario profittando dei rami degli alberi di una selva cedua, non può profittare di quelli degli alberi di una selva non cedua che dan sempre luogo alla deteriorazione del fondo.

» Ex sylva caedua pedamenta, et ramos ex arbore usufructuarium sumpturum: ex non caedua (*idest non matura*) in vineam (*idest ad necessitatem tantum*) sumpturum (*etiam ad vendendum*) dum ne fundum deteriorem faciat. *L.* 11. *D. de usufr. et quemad.*

Paolo però vieta espressamente recidersi gli alberi grandi.

» Sed si grandes arbores essent, non posse caedere eas. *L.* 12. *D. de usufr. et quemad.*

Oltre i casi indicati negli articoli precedenti non è lecito all'usufruttuario di valersi degli alberi di alto fusto. Ma se mai se ne avvale? » Dee, risponde Delvincourt, indennizzare il proprietario. Ma fu deciso in Parigi il 12 decembre 1811 (Sirey 1813 2. par. pag. 318) che questa indennità non poteva esigersi che al finir dell'usufrutto, atteso che l'usufruttuario dovendo godere fino a quel punto degli alberi di alto fusto, dovea godere della indennità che li rappresenta. Io credo doversi distinguere il prezzo del taglio dalla indennità che può esser dovuta al proprietario: il bosco di alto fusto non avendo potuto nel caso nostro esser considerato come frutto, il prezzo non può sotto alcun rapporto appartenere all' usufruttuario. Il proprietario dunque può reclamarlo da questo stesso momento. Riguardo alla indennità, io credo ch'essa non sia infatti esigibile, che al cessar dell'usufrutto, poichè in questo solo momento potrà determinarsi se sia dovuta e la somma di quella che sia dovuta. Se per esempio dopo la vendita fosse scoppiato un incendio che avrebbe bruciato gli alberi se essi si fossero ritrovati in piedi, avverrà col fatto che il taglio indebitamente eseguito dall'usufruttuario, in vantaggio si volgerà piuttosto che in pregiudizio del proprietario. Ma bensì dall'altro lato sarebbe possibile che questo taglio secondo le circostanze fosse riguardato come un abuso del godimento da parte dell'usufruttuario, e desse in conseguenza luogo all'applicazione dell'articolo 618 (543). *Delvincourt. Corso del cod. civ. nota* 25. *al tit.* 3. *Vol.* 3.

D'altronde nel nostro articolo si dà la facoltà all'usufruttuario di adoperare per le riparazioni cui è tenuto gli alberi svelti, o spezzati per accidente » dunque, riprende Delvincourt, fuori del caso di riparazione, gli alberi di alto fusto svelti o spezzati appartengono al proprietario.

» *Nota*. Gli alberi svelti per accidente e spezzati in termini forestali si chiamano *chablis*, e si chiamano alberi di delitto quelli che siano stati clandestinamente tagliati o abbattuti. L'ar-

ticolo non parla che dei primi; sarebbe lo stesso forse de' secondi? Con più ragione; altrimenti ne risulterebbe o che l'usufruttuario trascurerebbe di sorvegliare gli alberi, o potrebbe anche fargli tagliare clandestinamente per appropriarseli.

» *Quid*, riguardo agli alberi morti? Essi debbono parimenti appartenere al proprietario, quando anche ciò non fosse che per impedire la frode. L'articolo 592 (517) dice che in tutti gli altri casi l'usufruttuario non può valersi degli alberi di alto fusto. La legge 18. *D. de usuf.* sembra decidere il contrario; ma io non credo ch'essa debba esser seguita nel nostro dritto; ne risulterebbero molti inconvenienti.

» Il proprietario ha egli il dritto, durante il corso dell'usufrutto, di far tagliare e vendere gli alberi di alto fusto? Bisogna distinguere: Se questi alberi venissero a seccarsi nelle cime, in modo da far temere che perissero, l'usufruttuario non ha il dritto nè di opporsi al taglio, nè di reclamare una indennità; poichè il termine del suo godimento debb'essere allora attribuito ad una forza maggiore: mà diversamente, il proprietario non può disporne. Sarebbe lo stesso che nuocere ai dritti dell'usufruttuario, cui questi alberi potessero essere utili, sia per l'ombra e per la passeggiata, sia pei prodotti che può ritrarne; come pali, ghiande, faggiuola ec. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Vol.* 3. *nota* 25. e 26. *al tit.* 3.

» §. 16. L'usufruttuario può prendere » ne' boschi pali per le vigne, del pari che » i prodotti animali e periodici dagli alberi; » osservando sempre l'uso del paese, o la » pratica de' proprietarj. *Art.* 518. *Leg.civ.*

Vedi la *L.* 11 riportata nel §. precedente.

Tutto ciò che riguarda i boschi per la custodia, e 'l taglio degli alberi è espresso nella legge de' 18 ottobre 1819. Vedi *Boschi*.

» §. 17. Gli alberi fruttiferi che periscono, come anche quelli che sono svelti » o spezzati per accidente, appartengono » all' usufruttuario col peso di sorrogarne » altri. *Art.* 519. *Leg. civ.*

Il canone è dettato da Paolo

» Agri usufructu legato, in locum demortuarum arborum aliae substituendae sunt, et priores ad fructuarium pertinent. *L.* 21. *D. de usufr. et quemad. quis utat.*

Donello chiama morti quelli alberi, che si rendono inutili non dando più frutto; per cui l'usufruttuario può reciderli, ed adoperarli per proprio uso, surrogandone però altri.

» Demortuae (arbores) ad fructuarium pertinent, ut eas succidere possit, et his uti vel ad aedificandum, vel ad comburendum, prout volet; tantum in demortuarum locum alias substituere debet. Ita demortuas dicimus esse in fructu, quae viventes non erant. Merito: demortuae enim jam ad nullam rem utiles sunt, quam ut excidantur, ne fundum onerent: ipse autem fundus, et natura rei cum his alimentum, et vitam subduxerit, non aliud dici potest, quam fundum demortuas arbores ex se extruxisse, ac velut peperisse. *Donelli Comment. de jure civili Lib.* 10. *cap.* 8.

Gli alberi fruttiferi dei quali parla il presente articolo, cadono in una disposizione diversa da quella dettata coll'articolo precedente per gli alberi di alto fusto. Gli uni appartengono esclusivamente all'usufruttuario coll'obbligo di sostituirne altri; i secondi sono adoperati dall' usufruttuario, ma per le sole riparazioni delle quali il fondo avesse bisogno. Perchè questa differenza?

» Perchè, risponde Delvincourt, un albero fruttifero si rimpiazza, mentre un albero di alto fusto non si può rimpiazzare; o almeno vi bisogna un tempo sì considerabile che eccede la ordinaria durata di un usufrutto. Oltre a ciò vi è un'altra ragione: l'usufruttuario non può giammai avere interesse di abbattere un albero fruttifero; non si dee dunque supporre che il preteso accidente provenga per opera sua. Lo stesso non è di un albero di alto fusto. *Delvincourt. Corso del cod. civ. Vol.* 3. *nota* 27. *al tit.* 3.

Vedi il §. 15.

» §. 18. L'usufruttuario può godere egli » stesso, o dare in affitto ad altri, o ven- » dere, o cedere l'esercizio de' suoi dritti » a titolo gratuito. Affittando, è tenuto ad » uniformarsi, pel tempo in cui l'affitto debbe » essere rinnovato, e per la sua durata, alle » regole stabilite pel marito, riguardo a' beni

» della moglie, nel titolo *del contratto del* » *matrimonio, e de' dritti rispettivi de' conjugi.* » *Art.* 520. *Leg. civ.*

Il dritto concesso all'usufruttuario di locare, di vendere, e di donare il godimento dell'usufrutto, lo era egualmente per dritto romano. Anzi Ulpiano su l'autorità di Pomponio vede anche legittimamente esercitato questo dritto da colui, che per l'assenza dell'usufruttuario, disimpegna li di costui affari.

» Usufructuarius vel ipse frui ea re (*in qua habet usumfructum*), vel locare, vel vendere, vel alii fruendam concedere potest (*commodando*); nam et qui locat, utitur (*per alium medium*), et qui vendit, sed et si alii precario concedat vel donet (*hoc casu oportet donatarium uti cum donans non utatur pretio*): puto eum uti, atque ideo retinere usumfructum, et hoc Cassius, et Pegasus responderunt, et Pomponius libr. 5. ex Sabino probat. Non solum autem si ego locavero, retineo usumfructum; sed, et si alius negotium meum gerens locaverit usufructum, Julianus libro 35 scripsit retinere (*per alium medium*) me usumfructum. Quid tamen si non locavero, sed absente, et ignorante me negotium meum gerens utatur quis, et fruatur? nihilominus retineo usumfructum; quod et Pomponius libro 5 probat per hoc, quod negotiorum gestorum actionem adquisivi. *L.* 13. §. 2. *D. de usufructu, et quemad.*

È però da osservarsi con Giuliano, che l'usufruttuario in locare la cosa di cui ha l'usufrutto non può fare che sia addetta ad usi diversi da quelli, cui era solita di servire; come non può di una cosa civile farne una bettola. In questo caso il proprietario vi si può direttamente opporre.

» Si balneum sit in domo, usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus, vel inter diaetas amaenas: non recte nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit, ut publice lavet: non magis quam si domum ad stationem jumentorum locaverit; aut si stabulum quod erat domus, jumentis et carruchis vacans pistrino locaverit. *L.* 16. §. *ult. D. de usufr. et quemad. quis uta.*

Ulpiano prevede il caso della morte dell'usufruttuario pendente la locazione da lui fatta. Il conduttore, egli dice, non ha alcun dritto contra il di lui erede per continuare nella locazione, essendo estinto l'usufrutto.

» Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem ejus non teneri (*ad interesse, sed ad pretii exonerationem*) ut frui praestet; non magis quam insula exusta teneretur locator conductori. Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem praestet, Marcellus quaerit; quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset, vel habitationem. Et magis admittit teneri eum et est aequissimum. *L.* 9. §. 3. *D. locati conducti.*

Questa giurisprudenza è ad applicarsi in quei medesimi termini, e nell'modo come si regola l'affitto che il marito fa dei beni della moglie da non oltrepassare il periodo di nove anni; nè anticiparsi tre anni prima della scadenza dell'affitto corrente trattandosi di beni rustici, e due anni prima trattandosi di beni urbani. Tali precetti sono dettati dagli articoli 1400 e 1401. Vedi *Comunione* §. 5. e 6.

Se l'erede dell'usufruttuario si trovi essere egli stesso il proprietario della cosa sottoposta all'usufrutto, può dispensarsi di eseguire gli affitti anticipatamente stipulati dal suo autore? « Affermativamente, risponde Delvincourt, si decise in Brusselles il 2 luglio 1812 (Sirey 1814. 2. p. pag. 63.). La ragione di dubitarne si deduce dal perchè l'erede rappresenta il defunto; e 'l defunto non avrebbe potuto dispensarsi dall'eseguire il contratto. Ma la ragion di decidere si è, che l'erede non rappresenta il defunto in quei dritti a' quali non succede, nè può succedere, come un dritto di usufrutto; e che in seguito di questo principio qualche autore anticamente aveva immaginato, che l'erede dell'usufruttuario poteva prescrivere la cosa sottoposta all'usufrutto. Non si può dunque dire che l'erede rappresenti il defunto riguardo agli atti che quest'ultimo ha fatti come usufruttuario; in tal qualità egli non è tenuto delle sue operazioni. D'altronde come si disse nel precedente articolo, il fittajuolo il quale deve conoscere la legge, non può lagnarsi di essere stato indotto in errore; e per quest'ultima ragione ancora io credo che se il locatore abbia ta-

ciuta la sua qualità di usufruttuario, ed abbia affittato come proprietario, il di lui erede vi è tenuto. Poichè in quest' ultimo caso il defunto era garante del suo dolo. Quest' obbligo di garantia fa parte de' pesi della successione, dunque il suo erede vi è tenuto. Se dunque egli reclama il fondo come proprietario, se gli opporrà con successo la regola. *Eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Questa decisione è consacrata dalla legge 9. §. 1. *D. locati conducti*.

» L' usufruttuario sarebb' egli tenuto di mantenere gli affitti del proprietario? Certamente, qualunque siasene la durata, giacchè quello stesso che acquistò la proprietà vi è obbligato a' termini dell'articolo 1743 (1589). Ma vi sarebbe luogo alla distinzione stabilita nello stesso articolo fra il contratto che abbia o no una data certa?

» In primo luogo se l' usufrutto sia stato acquistato a titolo oneroso, l' art. 1743 è applicabile in tutto il suo contenuto, e l'usufruttuario non è tenuto a mantenere il contratto, che qualora questo abbia una data certa anteriore alla vendita.

» Se l' usufrutto sia stato costituito a titolo gratuito, bisogna distinguere: se con testamento, siccome il contratto fatto dal testatore ha acquistata una data certa per la sua morte, l' usufruttuario dovrà mantenerlo; ma se per donazione fra vivi, e che il contratto sia sotto scrittura privata, io penso che *stricto jure* il pigionante o il fittuario potrebbe essere espulso; ma che intanto si potrebbe *benigniter* decidere il contrario, salvo il caso della frode. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Vol.* 3, *Nota* 38. *al tit.* 3.»

» §. 19. L' usufruttuario gode degl' incre» menti prodotti per alluvione al fondo di » cui ha l' usufrutto. *Art.* 521. *Leg. civ.*

Celso in professare la medesima dottrina aggiunge non ritenersi dall' usufruttuario un isola che si formi nel fiume il quale sia parte del fondo soggetto all' usufrutto.

» Placuit alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usufructum ad fructuarium non pertinere. Pegasus scribit, licet proprietati accedat, esse enim veluti proprium fundum, (*scilicet separatum*) cujus usufructus ad te non pertineat, quae sententia non est sine ratione. Nam ubi latitat incrementum et usufructus augetur, ubi autem apparet separatum fructuario non accedit. *L.* 9. §. 3. *D. de usufr. et quemad.*

» L' alluvione, dice inoltre Delvincourt, è un incremento che si fa impercettibilmente in un fondo posto lungo le rive de' fiumi. La disposizione che ne aggiudica il godimento all' usufruttuario è fondata sulla legge 9. §. 3. *D. de usufr. et quemad.* Sarebbe lo stesso di un' isola formata in una riviera non navigabile nè atta a trasporto, e che ai termini dell' articolo 561 (486) appartiene egualmente al proprietario confinante? La medesima legge decide negativamente. Qual è la ragione della differenza? Non può esservene altra che quella somministrata dallo stesso giureconsulto nella legge citata.

» Prima di tutto egli sembra stabilire per principio, che a rigor di legge l' usufruttuario non dovrebbe avere sull' alluvione maggior dritto che sull' isola; ma siccome è difficile, per non dire anzi qualche volta impossibile il determinare l' epoca dell' alluvione; non che dell' incremento derivatone, non si è creduto a proposito dover separare l' alluvione dal terreno al quale si accresce: *ubi latitet incremendum*, dice Paulo, *augetur usufructus*. Non potendosi questo motivo applicare all' isola, ch' è un terreno assolutamente separato, riprende il principio tutta la sua forza, e l' isola viene aggiudicata in intero al proprietario. *Ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. Delvincourt. Corso di Cod. civ. Vol.* 3. *nota* 32. *al tit.* 3.

» §. 20. Gode de' dritti di servitù di pas» saggio, e generalmente di tutti quelli di » cui potrebbe godere il proprietario; e ne » gode come il proprietario medesimo. *Art.* » 522. *Leg. civ.*

Così Ulpiano.

» Recte Neratius scribit: si medii loci ususfructus legetur, iter quoque sequi: per ea scilicet loca fundi per quae qui usumfructum concessit constitueret, quatenus est ad fruendum necessarium. Namque sciendum est, iter quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem, neque enim po-

test soli fructuario servitus deberi; sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur. *L.* 2. §. 2. *D. si servitus vindicetur.*

L'usufruttuario oltre il godimento dei diritti di servitù, e di passaggio riuniti nel fondo, può pretendere che il proprietario apra il cammino che conduca nel detto fondo, quando vi manchi un adito qualunque? Ulpiano risolve il caso per l'affermativa.

» Ususfructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest. Et ideo si ususfructus legetur, necesse est tamen ut sequstur eum aditus (*quia sine aditu nullus est ususfructus*); usque adeo, ut si quis usumfructum loci leget ita ne heres cogatur viam (*idest aditum per alium fundum hereditarium*) praestare; inutiliter hoc adjectum videatur. Item si usufructu legato iter ademptum sit, inutilis est ademptio; quia semper sequitur usumfructum. Sed si ususfructus legatus sit, ad quem aditus non est, nisi per hereditarium fundum, ex testamento utique agendo fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur ususfructus; utrum autem aditus tantum, et iter an vero et via debeatur fructuario, legato ei usufructu, Pomponius libro quinto dubitat; et recte putat, pro ut ususfructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum. Sed an et alias utilitates, et servitutes ei heres praestare debeat, puta luminum, et aquarum, an vero non? Et puto eas solas praestare compellendum, sine quibus omnino uti non potest; sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas. *L.* 1. §. 2. *D. Si usufructus petatur.*

Casus. Legavi tibi usumfructum: habebis illud quo ego utebar. Item licet testator dicat, cum legat usumfructum, ut heres iter non praestet, nihilominus praestare tenetur. Item si testator adimat iter inutilis est ademptio. Item heres tenetur emere viam ut fructuarius habeat viam, si alias praestare non potest. Item heres debet praestare rem omnem servientem ad usumfructum percipiendum; et debet etiam praestare ea sine quibus fructuarius non potest uti. *Vivianus.*

Disposto col nostro articolo, che l'usufruttuario gode di tutti i diritti, che potrebbe godere il proprietario, è questione se può egli intentare la querela, ed altre azioni possessorie. » Mi è avviso che sì, risponde Delvincourt, ov'egli venga disturbato nel suo godimento, e negli stessi casi ne' quali potrebbero essere intentate dal proprietario: ma egli non potrebbe formarle che nel suo interesse, e solamente per sostenere il suo diritto; di maniera che la sentenza pronunciata in favore o contro di lui, sarebbe riguardo al proprietario *res inter alios acta.* Perciò l'articolo 614 (539) l'obbliga a denunciare le usurpazioni al proprietario. *Delvincourt. Corso del cod. civ. nota* 36. *al tit.* 3. *Vol.* 3.

» §. 21. L'usufruttuario gode delle miniere e delle cave di pietre che sono aperte ed in esercizio al tempo in cui si fa luogo all'usufrutto, nel modo stesso che ne godrebbe il proprietario.

» Non ha però verun dritto sulle miniere o cave di pietre non ancora aperte, nè su quelle di materie combustibili non incominciate a scavarsi, nè sul tesoro che potesse essere scoperto, durante l'usufrutto. *Art.* 523. *Leg. civ.*

Celso lascia tutto godere all'usufruttuario, o sieno, o non siano aperte le miniere.

» Sed si lapidicinas habeat, et lapides caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum (*et fruiturum*). Sabinus ait, quasi bonum patrem familias, quam sententiam puto veram. Sed et si metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur ususfructus, non partium, continentur (*scilicet metalla post inventa, et sic sive sint ibi lapides jam effosi, sive lapidicinae factae, sive postea fiant, semper habet usumfructum. Sed argumentum contra in lege fundi D. de contrahenda emptione: ubi distinguitur an tempore venditionis extant inventae, vel non: sed ibi in alio casu dicit, quia non videbatur excepisse venditor lapides, nisi qui apparebant*) legato. *L.* 9. §. 2. *D. de usufr. et quemad.*

La distinzione notata da Accursio su le cave di pietre aperte o non aperte nel tempo dell'usufrutto, e cui corrisponde il nostro articolo, è presa dal seguente responso di Jaboleno.

» In lege fundi vendundi lapidicinae in eo

fundo, ubicunque exceptae erant essent; et post multum temporis in eo fundo repertae erant lapidicinae eas quoque venditoris esse Tubero respondit. Labeo referre quid actum sit. Si non apparent, non videri eas lapidicinas esse exceptas. Neminem enim nec vendere nec excipere quod non sit; et lapidicinas nullas esse, nisi quae appareant, et caedantur: aliter interpetrantibus, totum fundum lapidacinarum fore, si forte in toto eo sub terra esset lapis; et hoc probo. *L. 77. D. de contrahenda emptione.*

Casus. Vendidi tibi fundum, et lapidicinam excepi: postea inventae sunt lapidicinae: venditori non emptori eas cedere dicit Tubero. Labeo corrigendo dicit, ut consideretur quid actum sit, si non appareant illae lapidicinae, solum videantur exceptae quae apparuerunt tempore contractus. Quod si aliud diceretur contingeret absurdum: ut si totus fundus plenus esset lapicidicinis, deberet totus cedere venditori, et sic esset absurdum. *Vivianus.*

Se il tesoro sia rinvenuto dall'usufruttuario, si trasferisce del pari al proprietario del fondo? L'articolo 636 risolve il dubbio per la sola metà del tesoro a favore del proprietario, andando l'altra metà in beneficio dell'usufruttuario che lo ha scoperto. Vedi *Proprietà* §. 7.

» Discutendosi il presente articolo si chiese, osserva Maleville, che l'usufruttuario potesse godere delle miniere scoperte durante il suo usufrutto, niuna ragione essendovi, ch'egli non abbia eziandio a godere dei frutti di una concessione.

» Fu risposto, che mentre il godimento di una miniera non era conferito che dalla pubblica autorità, l'usufruttuario non potea nemmeno avere la facoltà di scavare le miniere aperte prima del suo usufrutto, se non se chiedendo il permesso al governo; poichè poteva accadere ch'egli non avesse nè i mezzi nè le cognizioni che indussero il governo a concedere la miniera all'antico proprietario.

» È forza convenire che questa risposta non è adatta per sciogliere la questione. Perchè l'usufruttuario non può senza il permesso del governo scavare le miniere ch'egli trova aperte, non ne segue perciò, che coll'assenso del governo egli non possa profittare delle miniere che verranno a scoprirsi durante il suo usufrutto, od anche senza questo assenso delle cave di marmo che si apriranno.

» Dovevasi piuttosto recare innanzi una migliore ragione tolta dalla natura delle miniere, e delle cave, le quali non essendo suscettive di riproduzione, ma esaurendosi alla fine, non possono rigorosamente essere considerate come un frutto. Allora però bisogna disdire all'usufruttuario ogni sorta di ragione sopra le medesime, o fossero elleno aperte prima, o dopo l'usufrutto.

» Si disse eziandio che bisognava distinguere l'usufrutto di una miniera dall'usufrutto di un fondo, in cui per avventura una miniera si trovasse. Il primo usufrutto era permesso, e si poteva esercitare in tutta la sua estenzione. Il secondo doveva stare nei limiti delle modificazioni indicate nell'articolo.

» È chiaro che quegli il quale ottenne la concessione di scavare una miniera, può cedere il suo dritto ad un altro a titolo di usufrutto o altrimenti; ma questa traslazione non può mai farsi senza il permesso del governo, e laddove questo non vi assenta, chi ottenne dapprima la concessione è anche il garante dello scavamento. Ma neppure con questa distinzione si viene a capo di sciogliere il nodo della questione.

» Per troncarlo affatto era mestieri di negare all'usufruttuario la facoltà di scavare le miniere aperte o prima o dopo il cominciamento del suo usufrutto, concedergli soltanto come voleva l'equità di estrarre i marmi, le pietre, il gesso, il carbone di terra, e tutte la altre materie in somma, ond'egli potesse aver bisogno per l'uso suo immediato, o per quelle riparazioni, e miglioramenti necessarj alle cose, delle quali egli gode l'usufrutto; e ciò in qualunque tempo le scoperte delle cave o delle miniere venissero fatte; imperciocchè ripugna alla ragione, che l'usufruttuario sia a comprare altrove quello che nasce nel fondo da lui goduto non altrimenti che s'egli fosse lo stesso proprietario. *Maleville, Osservaz. all' art.* 598. *del cod. civ.*

» §. 22. Il proprietario non può col pro-
» prio fatto, nè in qualunque siasi modo,
» nuocere a' dritti dell'usufruttuario.

» L' usufruttuario dal suo canto non può
» in fine dell'usufrutto ripetere alcuna indennità pe' miglioramenti che pretendesse di
» aver fatti; ancorchè fosse aumentato il valore della cosa. Benvero potranno i miglioramenti compensarsi colle deteriorazioni
» fatte.

» Può egli bensì, e possono i suoi eredi
» togliere gli specchi, i quadri, ed altri ornati, che vi avesse fatti collocare, coll'obbligo per altro di restituire i locali nel loro
» pristino stato *Art.* 524. *Leg. civ.*

Alla prima parte di questo articolo può applicarsi l'esempio di Alfeno Varo che vieta al proprietario di togliere dal fondo ciò che vi appartiene, indipendentemente dalla volontà dell' usufruttuario.

» Heres in fundo, cujus ususfructus legatus est, villam (*idest domunculam fructuum gratia in villa*) posuit. Eam invito fructuario demolire non potest nihilo magis quam si quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet. Sed si antequam ususfructuarius prohibuerit, demolierit, impune facturum. *L.* 12. *D. de usu, et usuf. leg.*

Casus. Legavi Titio usumfructum fundi mei Sejani, et postea decessi; et postea heres meus in dicto fundo fecit unam villam, idest domunculam parvam causa reponendi fructus; vel plantavit ibi quandam arborem, et postea vult eam tollere: quaeritur utrum possit? Et certe non, fructuario prohibente, sed ante prohibitionem potest. *Vivianus.*

Sul deterioramento, e sul miglioramento voluttuoso del fondo, Giuliano stabilisce dei precetti, che escludono il proprietario da ogni obbligo di riparazione, e d'indennizzazione.

» Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest (*colligitur ergo ut necessarias, et utiles impensas fructuarius facere possit, quia omnes faciunt rem meliorem*). Et aut fundi est ususfructus legatus, et non debet, neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere nec quiquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptuarium fuit praedium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas (*idest afferebant umbram propter solem, et dicitur lobia*) atque amoenas habens, non debebit deijcere, ut forte hortos olitorios (*idest ad faciendum olus vel olivas*) faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat.

» Inde quaesitum est, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? et puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam (*scilicet fructibus*) huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum, et metallorum hujusmodi poterit inquirere, ergo et auri, et argenti, et sulfuris, et aeris, et ferri, et caeterorum fodinas; vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc quod instituit (*lapidicinas puta vel similia*) plus reditus sit quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis quae fuerunt: forsitan etiam haec deijcere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Si tamen quae instituit usufructuarius, aut coelum (*idest aerem*) corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum forte vel figulorum, quae non possit sustinere proprietarius; non videbitur boni viri arbitratu frui. Sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit. Sed si aedium ususfructus legatus sit, Nerva filius, et lumina immittere (*sed non claudere*) eum posse ait: sed et colores, et picturas, et marmora poterit (*apponere*), et sigilla, et si quid ad domus ornatum pertinet. Sed neque diaetas (*loca in quibus moratur paterfamilias in die*) transformare, vel conjungere (*si separata erant*) easve separare (*si sunt conjuncta*) ei permittitur, vel aditus, posticasve (*idest posteriores aditus domus*) evertere, vel refugia (*idest loca abscondsa, quae dicuntur secreta loca domus*) aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere, excolere enim quod invenit potest, qualitate aedium non mutata. *L.* 16. §. 4. *D. de usufr. et quemad.*

» La prima parte di questo articolo, osserva Maleville, racchiude una regola generale applicabile ad infiniti casi, che sarebbe inutile del pari che impossibile di prevedere.

» La seconda parte è ugualmente convenevole. Se l' usufruttuario ha migliorati i fon-

di, lo ha fatto o per l'utilità sua, o pel suo piacere. Il proprietario non gli è debitore di alcun risarcimento. Egli o i suoi eredi hanno soltanto la facoltà di portar via tutto quello, che fu aggiunto a questi fondi, quando ciò per altro si possa eseguire senz'apportare nocumento a' fondi medesimi.

» Vi ha nulla ostante un caso, in cui l'equità richiede, che si tenga conto de' miglioramenti, ed è quando si rimprovererebbe l'usufruttuario di aver commesso de'guasti. Allora una cosa compenserebbe l'altra.

» E questo era il luogo, secondo a me sembra, di dire in qual modo fosse permesso all'usufruttuario di migliorare il fondo, spiegando il senso delle parole adoperate nella definizione dell'usufrutto con l'obbligo di conservare la sostanza. Le leggi romane sono entrate su questo proposito in particolarità, che sono assai da valutarsi.

» Dopo aver detto, che l'usufruttuario può abbellire la cosa soggetta all'usufrutto *L.* 16. §. 7. *D. de usuf.* aggiungono che non può aggrandire gli edificj, nè abbattere delle cose utili per sostituire delle altre più utili ancora: *quamvis melius repositurus sit L.* 8. *eod.*

» Non può neppur finire un edificio cominciato *L.* 6. *eod.* nè accrescere di un altro piano la casa *L.* 13. §. 7. *eod.*

» Gli è vietato parimenti di cambiare lo stato de' luoghi neppure ad oggetto di aumentare le rendite *L. ult. D. de usu et hab.* per esempio distruggere un giardino per metterlo poi ad una coltura vantaggiosa *L.* 16. §. 4. *de usuf.*

» Potrebbe non per tanto costruire delle fornaci *modo proprietarius apparatum sustinere possit et coelum agri non corrumpatur L.* 16. §. 6. *eod.* E similmente degli edificj ove serbare il raccolto: a maggior dritto dar fine agli edificj incominciati per tale oggetto.

» È inutile il rammentare che tutti questi miglioramenti, e tutte queste variazioni onde parlano le leggi romane, possono farsi anche senza l'assenso del proprietario, e nel caso che operando contro il suo interesse medesimo saltasse a costui in capo di opporvisi. *Maleville. Osservazione all'art.* 599. *del cod. civ.*

In prima il nostro articolo fissa per canone che il proprietario non può col fatto proprio nè in qualunque siasi modo nuocere ai dritti dall' usufruttuario. » In conseguenza, osserva Delvincourt, egli senza il consenso di quest'ultimo non può fare nuove costruzioni. *L.* 7. §. 1. *D. de usuf.*, o distruggere le antiche sul fondo sottoposto all'usufrutto; egli, come dicemmo, non può abbattere gli alberi di alto fusto, che qualora si fossero seccate nelle cime; egli non può imporre nuove servitù, purchè queste non siano di natura da non nuocere ai dritti dell'usufruttuario, come quella *altius non tollendi*, o perchè non siasi stipulato ch'esse non avrebbero luogo se non è cessato l'usufrutto. Ma egli può acquistarne a favore del fondo soggetto all'usufrutto, anche senza il consenso dell'usufruttuario. Poichè può migliorare il fondo, ove non ne risulti alcun disturbo, nè alcuna diminuzione nel godimento dell'usufruttuario. *L.* 19 §. 7 *eod.* La stessa legge decide che il proprietario non può anche col consenso dell'usufruttuario imporne sul fondo delle nuove servitù. Ma questa decisione è fondata su di una pura sottigliezza che non sarebbe ammessa nel nostro dritto.

» Osservate che quando si dice che il proprietario non può in qualunque modo nuocere ai dritti dell'usufruttuario, bisogna intendere questa proibizione solamente riguardo al fondo sottoposto all'usufrutto; che se nel tempo stesso egli fosse proprietario di un fondo vicino, egli potrebbe farvi ciò che crederebbe a proposito quando anche l'usufrutto ne ricevesse qualche danno da non distruggere però in tutto il godimento. Così Paolo nella legge 30 *Dig. eod.* decide che il proprietario può elevare una casa vicina che gli appartiene in modo da diminuire la veduta dell'usufruttuario, purchè tuttavia la casa sottoposta all'usufrutto sia ancora abitabile. *Delvincourt Corso di cod. civ. vol.* 3. *nota* 39 *al tit.* 3.

L'ultima parte dell'articolo accorda poi all'usufruttuario il dritto di togliere gli ornati, che vi avesse fatti collocare. E ciò, soggiunge lo stesso giureconsulto, anche quando essi fussero incastrati, o che formassero

corpo col rimanente del tavolato. Affinchè essi fossero considerati in questo caso di far parte del fondo, bisognerebbe che vi fossero stati collocati dal proprietario: art. 524 (442).

» Poichè l'articolo non dà all'usufruttuario che il dritto di staccare gli ornamenti che ha fatto egli collocare, nè gli concede alcuna indennità pel miglioramento che ha potuto recare alla cosa di cui ha l'usufrutto, dee dunque conchiudersene che se per esempio egli avesse fatto costruire una casa sul fondo sottoposto all'usufrutto, non potrebbe nè demolirla nè trasportar via i materiali, ove il proprietario non volesse accordarsi con lui? Io stimo che lo potrebbe e non ostante la decisione troppo rigorosa della legge 15 *D. de usufructu*, che non sarebbe certamente ammessa nel nostro dritto. Fa d'uopo adunque conciliare questo articolo 599 (524) coll'art. 555 (480), il quale statuisce che qualora da un terzo, e con materiali proprii, siano state costruite delle opere sul fondo di un altro, il proprietario ha la scelta o di obbligarlo a togliere i detti materiali col peso di rimettere le cose nel primiero stato, e d'indennizzare il proprietario dell'indugio, o di ritenerli per se, pagando le spese della mano d'opera ed il prezzo de' materiali. Or l'articolo parla generalmente del terzo che costruisce sul fondo alieno senza distinzione, il che si applica all'usufruttuario come all'affittajuolo; d'altronde egli è certo che questa disposizione sarebbe applicabile eziandio al possessore di mala fede, siccome risulta dalla disposizione finale dello stesso articolo, che contiene una eccezione in favore del possessore di buona fede. Or certamente il caso del possessore di mala fede è meno favorevole di quello dell'usufruttuario. Riguardo poi a quello che dice l'articolo 599, cioè che l'usufruttuario non può pretendere alcuna indennità per le migliorazioni fatte nel fondo di cui ha l'usufrutto, io stimo che ciò debba intendersi de'miglioramenti intrinseci, e che non si possono distaccare, come se avesse posto a cultura un fondo incolto; ma che non deve ciò applicarsi agli estrinseci, e che possono essere distaccati: questo sarebbe contrario all'equità, nè si potrebbe assegnare il motivo stesso che fu additato nella precedente nota per giustificare la eccezione, giacchè il proprietario è sempre il padrone di esigere la soppressione delle opere, nè conseguentemente può esser mai obbligato a pagarne il valore. *Delvincourt Corso di cod. civ. vol.* 3. *nota* 35 *al tit.* 3.

Delle obbligazioni dell'usufruttuario.

» §. 23. L'usufruttuario prende le cose
» nello stato in cui si trovano; ma non può
» conseguirne il possesso, se non dopo aver
» fatto fare in presenza del proprietario, o
» dopo averlo formalmente citato, un in-
» ventario di mobili, ed uno stato degl'im-
» mobili soggetti all'usufrutto; purchè non
» ne sia stato dispensato coll'atto costitutivo
» dell'usufrutto. *Art.* 525. *Leg. civ.*

Toullier su la dispensa dell'inventario che il testatore può disporre in costituire l'usufrutto ne offre la ragione. » Potendo il testatore, ei dice, dare la proprietà di tutti i beni suoi, può a più forte ragione dispensare il donatario usufruttuario dalla formalità dell'inventario. Ma se il testatore avesse degli eredi a vantaggio de' quali la legge fa una riserva, la dispensa sarebbe nulla; dappoichè è necessario far costare il valore dei mobili onde vedere se il dono sia o no eccessivo.

» D'altronde se l'usufrutto dato non consiste che in una quantità eguale o inferiore alla porzione disponibile, la dispensa dell'inventario diviene anche inutile; perchè allora è necessaria una divisione, che tien luogo d'inventario. *Toullier. Corso di dritto civile Tomo* 3. *n.* 420.

» Poniamo il caso, osserva inoltre Maleville, che quegli il quale gode l'usufrutto non abbia fatto l'inventario, secondo l'obbligo che glie n'era imposto; dee perciò egli esser privo de'frutti? Io credo di no; e questa opinione viene avvalorata dal naturale contesto dell'articolo 604 (529.).

» Io sono ancora di avviso, che l'inventario possa farsi di comune accordo senza notajo, e con doppia scrittura fra il pro-

prietario e l'usufruttuario, come porto ancora opinione, che dissentendo il proprietario, colui il quale ha l'usufrutto possa semplicemente citarlo con un atto estragiudiziale ad assistere alla formazione dell'inventario medesimo alla presenza di un notaro, senza che vi sia ulteriore bisogno di un atto di giudice. *Maleville. Osservazione all'articolo* 600 *del cod. civ.*

Il nostro articolo dispone, che l'usufruttuario prende le cose nello stato in cui si trovavano. » Bisogna dunque conchiudere, dice Delvincourt, ch'egli non potrebbe obbligare il proprietario alle grandi riparazioni necessarie al cominciar dell'usufrutto? Io son di avviso doversi distinguere: se sul fondo sottoposto ad usufrutto evvi un edifizio che cade in rovina; nè il proprietario nè l'usufruttuario saranno tenuti a ristabilirlo, art. 607 (532). Ma se per esempio l'usufrutto fosse costituito su di una casa buona per altro, ma di cui il tetto intiero avesse bisogno di rifazione, io non credo che il proprietario potrebbe ricusarvisi, salvo quello che sarà detto qui appresso. Ed in fatti, che ne avverrebbe da questo rifiuto? Che se l'usufruttuario si ostinasse egualmente a non ripararla; la casa andrebbe alla fine a distruggersi interamente. In conseguenza il proprietario avrebbe recato nocumento a se stesso, per non giovare all'usufruttuario. È certamente questo il caso di applicare la massima: *malitiis non est indulgendum.* Ed io credo che secondo la indicata distinzione debba intendersi la legge 65. §. 1. *D. de usufructu* la quale dice: *Non reficere debet heres quod vetustate jam deterius factum reliquisset testator.*

» *Quid*, riguardo alle riparazioni di manutenzione da farsi alla stessa epoca? Non vi ha dubbio che non siano a carico dell'usufruttuario. *L.* 48. *D. de usufructu. Delvincourt. Corso di cod. civ. vol.* 3. *Nota* 41. *al tit.* 3.

Il medesimo articolo mette l'usufruttuario nell'obbligo di fare uno stato degl'immobili soggetti ad usufrutto. Or » l'usufruttuario, dice ancora Delvincourt, potrebbe dispensarsi dal formar questo stato sotto la sola condizione di presumersi aver egli ricevuto i fondi in buona condizione, e di essere obbligato di restituirli nel medesimo stato, argomentando dall'art. 126. (132)? A me non pare. Tal disposizione ha per oggetto di comprovare non solo lo stato, ma benanche la forma esteriore de' poderi che l'usufruttuario non può cangiare. Or egli potrebbe cangiare questa forma, e restituire intanto i fondi in buono stato.

» A spese di chi debbono esser fatti lo stato e l'inventario? A spese dell'usufruttuario. A lui n'è imposto l'obbligo, e le spese del pagamento sono a carico del debitore. *Art.* 1248 (1201).

» Il testatore potrebbe dispensare l'usufruttuario dall'obbligo di fare stendere tale stato ed inventario? Io penso che sì, ove non abbia eredi legittimi, e che i beni restanti siano sufficienti a somministrar la riserva. Egli poteva dar l'intera proprietà della cosa. Or, chi può il più, può ordinariamente il meno. *Quid* se in questo caso l'erede si offre di dare lo stato e l'inventario a sue spese? Io non credo che questa domanda possa rigettarsi. Si deve presumere che la intenzione del testatore, accordando la dispensa, sia stata solamente di risparmiare le spese all'usufruttuario. Così fu deciso in Brusselles il 18 decembre 1811 e'l 18 giugno 1812. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Vol.* 3. *Nota* 42. *al tit.* 3.°

La corte imperiale di Brusselles con decisione de' 18 giugno 1812 professò la giurisprudenza, che malgrado il divieto del testatore di procedersi all'inventario nel caso in esame, possa l'erede farlo da se stesso, e nel proprio interesse.

Fatto. » Nel giorno 15 ottobre 1811, se ne morì Pietro Agostino Regole. Dopo la di costui morte, surse lite tra l'erede legittimo, e la vedova, legataria universale nell'usufrutto.

» L'oggetto della lite era una clausola del testamento del defunto, e colla quale nell'accordare l'usufrutto alla sua vedova, aveva aggiunto: *senza che sia affatto obbligata di fare l'inventario de' beni, e senza che debba dare alcuna cauzione, dalle quali cose tutte io la dispenso formalmente.*

» La vedova argomentava dal testamento per impedire la formazione di un'inventa-

rio. L'erede legittimo non dimandava precisamente, che la vedova facesse l'inventario malgrado la dispensa; ma sosteneva che questa dispensa accordata alla vedova, impedir non poteva all'erede legittimo di procedere da per se stesso, e nel suo proprio interesse, alla formazione di un'inventario, di cui egli offriva di sopportarne le spese.

» Sentenza di prima istanza nell'interesse della vedova. In grado di appello, decisione, che annulla la sentenza suddetta.

» Atteso che l'appellante offre, ed ha sempre offerto, di fare per se stesso, ed a sue spese il detto inventario, ciò che riduce l'obbligazione dell'appellata a soffrirlo, obbligazione di cui non si vede, che il testatore l'abbia dispensata. Per siffatti motivi la corte annulla la sentenza di cui è appello; emendando permette all'appellante di far fare a sue spese lo stato d'inventario dei beni lasciati dal conjuge dell'appellata: ordina all'appellata medesima di soffrire, che l'inventario sia fatto nel modo qui sopra espresso. »

La stessa corte imperiale con decisione de' 18 dicembre 1811 dichiarò, che l'usufruttuario dispensato dal testamento di fare inventario non può impedire all'erede di apporre i suggelli, e di formare a sue spese uno stato degl'immobili, e dei titoli che riguardano la successione.

» *Fatto*. La signora Lootens, fece testamento, col quale legò l'usufrutto de' suoi beni a suo marito, colla dispensa *d'inventario, e di cauzione*. Dopo la sua morte furono apposti i suggelli, relativamente alla sua successione, per parte de' suoi eredi (tutti collaterali).

» Suo marito il signor Lootens formò opposizione a questi suggelli. Egli sostenne, che per la clausola proibitiva d'inventario, espressa nel testamento della fu sua moglie, non si era al caso di apporre i suggelli.

» Ordinanza di rapporto di giudice, la quale disse di non esservi luogo a tal rapporto: Attesochè il testamento, di cui trattasi conteneva una disposizione di usufrutto, con dispensa d'inventario, e di somministrar cauzione; che la testatrice, avendo la libera disposizione di tutti i suoi beni, ha potuto esentare il suo conjuge, sopravvivente dall'inventario, e dalla cauzione.

» Appello.

» È da osservarsi, che gli appellanti, gli eredi Lootens, non dimandano di far procedere, che alla descrizione de' titoli degl'immobili, dipendenti dalla successione *de cujus*, e non a quella de' mobili, e che offrono di somministrare le spese a quest'oggetto necessarie.

» Essi si fondano prima sopra i principj relativi all'usufruttuario, e consacrati su questo punto dagli art. 578, 500, e 601. codice civile.

» Essi si fondano in secondo luogo su ciò, che avendo la facoltà di deliberare, per dichiararsi eredi, o puramente, e semplicemente, o col benefizio dell'inventario, del loro autore, o per rinunciare alla sua successione, non si possono loro ricusare i mezzi di conoscere le forze di questa stessa successione, tanto per rapporto a' beni proprj della signora Lootens, che relativamente a quelli, che possono pervenirle dalla comunione passata tra lei, e suo marito; che nel numero di questi mezzi vi è necessariamente quello di descrivere, e d'inventariare, mezzo che nel tempo stesso, ch'è loro di una grande necessità, non può nuocere in alcun modo all'usufruttuario. In questo secondo punto essi invocano gli articoli 611, 612, 1433, 1466 cod. civ., e 909 cod. pr. civ.

» L'appellato risponde, che l'obbligo di fare inventario non è dell'essenza dell'usufrutto; che quindi nel soggetto caso, la testatrice ha potuto ben farne la dispensa; che avendola fatta, la sua volontà in questo punto dovea necessariamente esser seguita, non avendo una tale dispensa nulla di contrario nè all'ordine pubblico nè a buoni costumi; che quindi non eravi luogo alla dimandata descrizione, neppure a spese degli appellanti, non essendo altro questa descrizione, che un vero inventario, interamente contrario alle mire della testatrice.

» La corte - Veduti gli articoli 600, 611, 612, 1433, e 1466 del cod. civ., e l'articolo 909 del cod. di proc. civ. - Ed attesochè dalla combinazione di questi diversi

articoli risulta, che gli appellanti, essendo abili a succedere a Giovanna Carolina Vandendriessch, hanno un interesse maggiore alla conservazione de' titoli, e scritture concernenti gl' immobili, e le azioni dipendenti tanto dalla successione, che dalla comunione.

» Attesochè la dispensa accordata all' appellato, di fare un inventario della successione coll' atto costitutivo del suo usufrutto, non importa una proibizione verso gli eredi della moglie, di procurarsi la cognizione degl' immobili da lei lasciati a loro spese - Che quindi, e sotto questo rapporto, l'apposizione de' suggelli non può essere riguardata come una offesa fatta alla confidenza, di cui è onorato suo marito, dispensandolo dall' inventario, e dalla cauzione.

» Per siffatte considerazioni annulla la sentenza, di cui è appello: emendando dichiara non fondata l' opposizione fatta dall' intimato a' suggelli, di cui trattasi nella lite: in ciocchè riguarda i titoli, e le scritture, ordina, che sarà proseguita l' apposizione de' suggelli sopra i titoli, e le scritture degli appellanti, ad oggetto di fare a loro spese una descrizione sommaria di quelli relativi agl' immobili, ed alle azioni dipendenti dalla successione, e dalla comunione, ed all' appellato di soffrirlo; condanna l'appellato alle spese delle due istanze. »

» §. 24. Egli presta cauzione di usufruire
» da buon padre di famiglia, se pure non è
» dispensato dal titolo stesso da cui deriva
» l'usufrutto. Il padre, e la madre che hanno
» l' usufrutto legale de' beni de' loro figli, il
» venditore, il donatore che si ha riservato
» l'usufrutto, non sono obbligati a dar cau-
» zione. *Art.* 526. *Leg. civ.*

Ulpiano insegnò, che la cauzione dell'usufruttuario dee contenere due parti; l'una di far uso della cosa da buon padre di famiglia; l'altra di restituirla terminato l' usufrutto.

» Si cujus rei ususfructus legatus sit aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu; et cum ususfructus ad eum pertinere desinet restituturum quod inde extabit. *L.* 1. *in princ. D. Usufruct. quemad. caveat.*

L'imperatore Alessandro chiamò l' usufruttuario a dare per qualunque causa la cauzione per l' usufrutto che dee percepire.

» Usufructu constituto, consequens est, ut satisdatio boni viri arbitratu praebeatur ab eo ad quem id commodum pervenit, quod nullam laesionem ex usu proprietati afferat. Nec interest sive ex testamento, sive ex voluntario contractu (*scilicet inter vivos*) ususfructus constitutus est. *L.* 4. *Cod. de usufructu et habit.*

Casus. In fundo usumfructum mihi legasti: an uti frui possim, antequam satisdem boni viri arbitratu ne proprietatem laedam quaeritur? Dicitur quod non; et hoc in prima, nec refert quantum ad satisdationem praestandam fuerit usufructus legatus, vel inter vivos constitutus. »

Quindi risultava che non poteva il testatore dispensare l' usufruttuario dalla cauzione; mentre lo stesso imperatore Alessandro decide essere inerente all'usufrutto il cautelare il proprietario di far buon uso dei beni che dovea godere.

» Scire debetis fideicommissi quidem, et legati satisdationem remitti posse, Divum Marcum, et Divum Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur, et fruatur minime satisdationem remitti testamento posse. *L.* 7. *Cod. ut in possessionem legatorum etc.*

Casus. An satisdatio de legato, seu fideicommissi die adveniente, vel conditione existente, praestando heredi a testatore remitti possit, quaeritur? Responde sic. Sed si testator usufructum fundi mihi reliquerit, an satisdationem de utendo, et fruendo arbitrio boni viri mihi remittere possit, quaeritur? responde quod non, et hoc in secunda. »

Papiniano chiamò anche all' obbligo della cauzione colui che dee godere l'uso dell'abitazione insieme col proprietario.

» Usu quoque domus relicto, boni viri arbitratu cautionem interponi oportet. Nec mutat si pater heredes filios simul habitare cum uxore legataria voluit. *L.* 11. *D. Usufr. quemadmodum caveat.*

Casus. Titius legavit uxori usum domus, et filios communes: eosdemque heredes voluit in ea permanere: videbatur quod uxor non teneretur satisdare, quia non sit verisi-

mile quod male possit uti, cum semper illi praesentes sunt, sed satisdare debet, et hoc dicit. *Accurs.*

Finalmente Maleville discute la seguente questione.

» Quando amendue i genitori sono usufruttuarj de'beni de'loro figli non in forza della loro potenza legale, ma in forza delle donazioni, che a questi figli sono state fatte o da parenti o da estranei, i genitori sono eglino obbligati di dar cauzione? Il nostro articolo dice nulla, nè di ciò se ne fece motto nella discussione. Le leggi romane quanto al padre stavano per la negativa *L.* 50. *D. ad trebell.* e del pari per riguardo alla madre, che fosse legataria dell'usufrutto de' beni del marito, a patto però che non fosse passata a seconde nozze *L.* 6. §. 1. *D. de sec. nuptiis.* Or che la madre ha la medesima autorità del padre, fuorchè nel caso di un successivo matrimonio, sembrerebbe ragionevole che entrambi fossero dispensati dal dare cauzione. Ma il nostro articolo obbligando generalmente tutti gli usufruttuarj a dare cauzione, e non eccettuando che i genitori, i quali hanno l'usufrutto legale delle sostanze de'loro figli, pare che per ogni altro usufrutto voglia miseramente obbligati i padri, e le madri a dare anch'essi cauzione, almeno finchè una nuova legge non li sottragga a questo incongruo peso. *Maleville. Osservaz. all' art.* 601. *del cod. civ.*

L'usufruttuario in virtù delle antiche disposizioni non era nell'obbligo di prestar cauzione onde godere dell'usufrutto da buon padre di famiglia, quando però tale cauzione non gli era domandata. Or se colui che costituisce questo usufrutto lo abbia disposto e muore sotto l'impero della nuova legislazione, l'usufruttuario non è tenuto a dar cauzione. Decisione della suprema corte di giustizia de'29 gennaro 1822.

» *Fatto.* D. Giovanni Giacomo della Ratta con testamento de'29 aprile 1805 istituì D. Giovanni suo figlio erede fra gli altri beni di un palazzo così detto *Nuovo* in Lecce; col peso di assegnare un competente, e decoroso appartamento per sola abitazione e lor vita durante alle sue figlie D. Vincenza, e D. Gaetana. Costoro dopo molti anni reclamarono avanti al tribunale di Lecce la paterna disposizione.

» Il tribunale con sentenza degli 8 marzo 1817 ordinò una perizia. D. Giovanni ne appellò.

» Avendo intanto i periti assegnato alle sorelle della Ratta i rispettivi appartamenti, con sentenza de' 22 dicembre di detto anno fu ordinato, che tal perizia si fosse eseguita. Sull'appello di D. Giovanni la gran corte civile di Trani ordinò nuova perizia. Quindi con decisione de' 21 aprile 1820 rigettò gli appelli di D. Giovanni della Ratta, ed ordinò la esecuzione delle due sentenze degli 8 marzo, e 22 dicembre 1817.

» D. Giovanni della Ratta ne ricorse alla corte suprema di giustizia. Egli dedusse 1.° Che non avendo le sorelle della Ratta adito prima gli esecutori testamentarj designati nel testamento per dirimere le controversie, che potevano insorgere tra le parti, il tribunale, e la gran corte avevano deciso incompetentemente, e si eran quindi violati gli articoli 264 e 266 del codice di rito: 2.° Che si era violato l'articolo 976 cod. civ., poichè il legato, di cui si tratta, essendo di cosa indeterminata, era obbligo dell'erede di eseguirlo, nè fra i migliori, nè fra i peggiori membri, e non già accordarsi a scelta di arbitri: 3.° Che si era violato l'articolo 972 delle dette leggi per non essersi rilasciata la cosa legata nello stato, in cui si trovava nella morte del testatore; ma bensì ridotta alla maggior eleganza, e con tutt'i comodi, che prima non vi esistevano: 4.° Che non essendosi dalle sorelle prestata cauzione, si eran violati gli articoli 526 e 551 delle suddette leggi. 5.° Che si era agito con manifesta contravvenzione al disposto del testatore; poichè al ricorrente si erano assegnate tre stanze inservibili, mentre alle sorelle se n'erano assegnate sette: 6.° Che si era violata la *L.* 45. §. *de legat.*, poichè il legato, di cui si tratta, essendo stato concepito indeterminatamente la scelta apparteneva al ricorrente, a cui il testatore aveva dirette le sue parole: 7. Finalmente che nella distribuzione delle stanze, la volontà del testatore non essendo dubbia il magistrato dovea dare alle sorelle quel-

la quantità, che vivente il padre avrebbe dato loro a' termini della *L. 4. de ann. legat.*

» Udito il rapporto. Intesi gli avvocati D. Gaspare Capone per parte di D. Giovanni della Ratta e D. Camillo Cacace per D. Gaetana, e D. Vincenza della Ratta, ed inteso il pubblico ministero che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso:

» Attesocchè le sorelle D. Vincenza, e D. Gaetana la Ratta legatarie fin dal 1805 di un competente, e decoroso appartamento loro vita durante, e per sola abitazione lasciato dal fu loro padre D. Giovanni Giacomo la Ratta nel suo nuovo palazzo, non avendo potuto bonariamente ottenerlo dall' erede D. Giovanni la Ratta loro germano, adirano dopo il corso di molti anni il tribunale civile di Lecce, e questo per esecuzione della perizia, con sentenza degli 8 marzo 1817 confermata precedente nuova perizia ordinata d'ufficio dalla gran corte di Trani con decisione de'30 giugno 1819 dalla stessa gran corte se ne fece loro l'assegnamento.

» Attesocchè impugnata da D. Giovanni la Ratta la mentovata decisione con ricorso per annullamento, fra i mezzi allegati vi fu quello di aver la gran corte violati gli articoli 525 e 551 delle leggi civili avendo omesso, nell'accordare alle sue sorelle il legato, di ordinare alle medesime di dar cauzione: Ma avendo considerato la suprema corte, che la morte del testatore avvenne sotto l'impero delle antiche leggi, e che in virtù di quella legislazione non era essenziale nell'usufrutto, e nel quasi usufrutto la cauzione, perchè oltre a varie leggi, che dispensavano gli usufruttuarj da questa obbligazione come si ha dalla *L. 1. §. 4. in fin. C. de bonorum quae liber. L. 1. §. 18. D. de legat, et fideicom.*, la cauzione non era dovuta, quando non fosse stata domandata, ed il ricorrente nel corso del giudizio non l'ha mai richiesta.

» Attesocchè la cauzione anche non ordinata dovendosi dal legatario prestare sull'atto della consegna del legato, era a tempo, tanto l'erede di chiederla, quanto il magistrato di ordinarla; siccome su di ciò non vi è stata nè domanda, nè contestazione innanzi a primi, ed a secondi giudici, quindi non vi è stata violazione degli articoli invocati.

» Attesocchè la decisione impugnata si raggira sopra una mera quistione di fatto, e questa è del demanio de' giudici del fatto, che l'han decisa; e non avendo la suprema corte di giustizia fra i mezzi allegati ritrovata alcuna violazione di legge, o di rito da emendare, poichè ella non è autorizzata a giudicare degl'interessi de' litiganti, ma solo dell' interesse della legge, e non può spiegare il suo impero sulle quistioni di questa natura, e conoscere del merito della causa:

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso. »

» §. 25. Se l'usufruttuario non potrà dare
» cauzione, gl'immobili si daranno in affitto,
» o si porranno sotto sequestro.

» I denari compresi nell'usufrutto s'impie-
» gheranno: le derrate saranno vendute, ed
» il prezzo ricavato sarà parimenti impiegato.
» In questo caso apparterranno all' usufrut-
» tuario gl' interessi dei capitali, ed i fitti.
» *Art.* 527. *Leg. civ.*

Disposizione desunta da Vinnio il quale nel soggetto caso riguarda il modo che ritorna più commodo per l' usufruttuario, sia pel giuramento, sia pel sequestro onde del tutto si adempia la volontà del testatore. Quindi egli tutto affida all'arbitro del giudice.

» Quod si fructuarius cavere non possit, eo quod propter inopiam fidejussorem idoneum non inveniat, an non humanum est eum admitti oblata cautione juratoria? aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, aut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuario recte caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti? Placet in magna varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni judicis arbitrio permittendam censent, qui ex persona, et re de qua agitur, tum ex facultatibus fructuarii dispiciat, et constituat, quid in proposito debeat fieri, utrum cautio juratoria a proprietario recipienda (ad quod tamen non facile eum compellet) an vero apud virum bone-

stum res deponi, vel apud ipsum proprietarium remanere debeat; ut in omnem eventum et proprietario satis consultum sit, et fructuarius commodum percipiat, quod eum percipere omnimode testator voluit. *Vinnii Instit. lib.* 2. *tit.* 4. *de usufructu n.* 9.

» §. 26. Non prestandosi dall' usufruttuario la cauzione, il proprietario può pretendere che i mobili i quali periscono coll' uso, sieno venduti, e ne venga impiegato il prezzo, come quello delle derrate; ed in tal caso l' usufruttuario ne percepisce l' interesse durante l' usufrutto. Potrà nondimeno domandare, ed i giudici potranno ordinare secondo le circostanze, che gli sia lasciata una parte de' mobili necessarj pel proprio uso, mediante la sola cauzione giuratoria, e coll' obbligo di restituirgli in fine dell' usufrutto. *Art.* 528. *Leg. civ.*

Principalmente, la vendita dei mobili disposta col presente articolo dev' essere giudiziaria, onde allontanare tra il proprietario, e l' usufruttuario ogni contesa sul prezzo più o meno vantaggioso che possa ottenersene colla vendita privata. L' impiego poi di questo prezzo conviene che si faccia colla intelligenza dell' usufruttuario e con tutte quelle cautele opportune a garantire la percezione dell' interesse, che costituisce l' usufrutto.

» La cauzione giuratoria, dice poi Delvincourt, è la semplice promessa del debitore, avvalorata dal suo giuramento. Il principale oggetto di questo articolo è di favorire le disposizioni che de' conjugi non agiati si fanno reciprocamente dell' usufrutto de' loro effetti mobiliari: in tali casi l' interesse del prezzo di questi non terrebbe luogo certamente dell' utile che l' usufruttuario avrebbe ritratto dai mobili in natura. *Delvincourt. Corso del cod. civ. Tomo* 3. *nota* 46. *al tit.* 3.

La restituzione de' mobili nel fine dell' usufrutto ha il suo rapporto coll' articolo 874 Vedi *Donazione* §. 32.

» §. 27. Il ritardo nel dare cauzione non priva l' usufruttuario de' frutti su' quali può aver ragione: questi gli sono dovuti dal momento in cui è cominciato l' usufrutto. *Art.* 529. *Leg. civ.*

L' usufruttuario può opporre alla cauzione il godimento dei frutti che percepisce dal fondo che il proprietario gli ha consegnato? Un responso di Ulpiano decide negativamente.

» Si ususfructus nomine tradita re, sadisdatum non fuerit, Proculus ait, posse heredem, rem vindicare: et si objiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum esse, quae sententia habet rationem, sed et ipsa stipulatio condici poterit. *L.* 7. *D. de usufructu quemad. caveat.*

Casus. Testator legavit mihi usumfructum: heres tradidit, et oblitus cautionem non exegit; poterit heres vindicare: et si excipiam, quod in ea re usumfructum habeam, heres replicabit quod stipulatione non caverim de restituenda finito usufructu, ac de utendo boni viri arbitratu. Poterit etiam heres eam stipulationem exigere per condictionem incerti. »

Questo articolo presenta una eccezione alle disposizioni contenute nell' articolo 968 con cui non si accorda al legatario particolare il godimento de' frutti della cosa legata se non dal giorno della sua domanda. Vedi *Legato* §. 5.

» §. 28. L' usufruttuario non è tenuto se non alle riparazioni di manutenzione.

» Le riparazioni straordinarie sono a carico del proprietario, purchè non sieno state cagionate per mancanza delle riparazioni di manutenzione dopo che ha avuto luogo l' usufrutto: nel qual caso non vi è tenuto l' usufruttuario. *Art.* 530. *Leg. civ.*

Così l' imperatore Gordiano.

» Eum ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus praestare debere, explorati juris est: proinde si quid ultra quam impendi debeat (*idest quam expendi sit necesse*) erogatum, potes docere solemniter reposces. *L.* 7. *Cod. de usufr. et habitat.*

Casus. Usumfructum domus mihi legasti, modica impendia sustinere debeo in reficiendo: ne modica refectione deficiente ligna et talia pereant: sed si in ea plus impendi quam ad me pertineat, an a domino proprietatis repetere possim quaeritur? dicitur quod sic. *Vivianus.*

Celso mette anche a carico dell' usufruttuario le piccole restaurazioni.

» Hactenus tamen ut sarta tecta (*idest ut reficiat*, *tignum vel coppum apponendo*) habeat: si qua tamen vetustate corruisset neutiquam cogi reficere; sed si heres passurum fructuarium uti. Unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogatur. Modica igitur refectio (*non causa vetustatis*) ad eum pertinet: quoniam et alia onera agnoscit, usufructu legato; ut puta stipendium, vel tributum, vel salarium, vel alimenta ab eo (*scilicet fructuario cui legatus est ususfructus*) relicta. Et ita Marcellus lib. XIII. scribit. Cassius quoque scribit lib. VIII. juris civilis, fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum subserere cogitur arbores. Et Aristo notat haec vera esse. Neratius autem lib. III. Membranarum ait, non posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat; quia nec arare prohiberi possit, aut colere, et non solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa, ut tectoria, et pavimenta, et similia: neque autem ampliare, nec utile detrahere posse. *L.* 8. *D. de usufr. et quemad. quis uta.*

Osserva inoltre Maleville che « Rousseaud *usufruct. sez.* 2. *n.* 11. dice nell'analisi delle leggi 64. e 65. *D. de usuf.* che l' usufruttuario il quale vuole cessare dall'esercizio del suo dritto non è tenuto a fare veruna riparazione, nemmeno quando ne fosse stato sollecitato in giudizio; salvo solo il caso, che la cosa si fosse per di lui colpa peggiorata.

» Questa decisione così arida potrebbe menare in errore. Ingegniamoci di dilucidare la tesi. Quando l' usufrutto ha avuto principio, si sarà certamente fatta una descrizione fedele de' luoghi. Or se si sarà allora rilevato, che fosse mestieri farvi delle riparazioni, l' usufruttuario cessando dall' usufrutto non è obbligato a queste riparazioni, quando però le cose non si fossero maggiormente rovinate: poichè se le cose si sono guaste di più, o se al cominciare dell' usufrutto non si è riconosciuto lo stato de' luoghi, ed in conseguenza avverato il bisogno delle riparazioni, l' usufruttuario è tenuto a farle, essendo le medesime un carico annesso agli usufruttuarj. *Maleville. Osservazione all' art.* 605. *del cod. civ.*

Toullier propone le seguenti quistioni. L' usufruttuario può costringere il proprietario alle costruzioni necessarie per la conservazione del fondo? Può obbligarlo a fare le riparazioni straordinarie che bisognano nel principiar dell' usufrutto, e quelle che sopravvengono durante l'usofrutto? Queste due quistioni meritano un esame serio, perchè le opinioni non sembrano stabilite. Egli dice:

» In quanto alla prima, Domat *Dell' usufr. sez.* 5. *n.* 5. stabilisce per principio, che il proprietario non è obbligato a fare le riparazioni, o a rimettere in buono stato ciò che si trova demolito o danneggiato al tempo che l' usufrutto è acquistato, a meno che ciò non avvenga per fatto di lui; o dal titolo non gli venisse imposto l' obbligo di rimettere le cose in buono stato. L' usufruttuario è ristretto al dritto di goder della cosa nello stato in cui è al momento in cui questo dritto egli acquista; egualmente che quegli il quale acquista la proprietà di una cosa, deve averla qual'era quando acquistolla. *Art.* 1614. (1469).

» Questo principio che Domat ha stabilito per dritto romano, è stato consacrato dall' art. 600, (525) il quale porta, che « l' usufruttuario prende le cose nello stato in cui si trovano. »

» Non può dunque obbligare il proprietario a rimetterle in buono stato, o a far le riparazioni; la conseguenza è diretta e necessaria.

» Ma si oppone l'art. 605 (560) il quale dichiara che « le riparazioni straordinarie sono a carico del proprietario, purchè non siano state cagionate per mancanza delle riparazioni di manutenzione, dopo che ha avuto luogo l' usufrutto. » Se da questa disposizione volesse conchiudersi che al cominciare dell' usufrutto il proprietario può venir astretto a fare le riparazioni straordinarie, o a rimettere le cose in buono stato, vi sarebbe evidente antinomia tra l' art. 605 (530) e l' art. 600 (525). Imperciocchè l' usufruttuario non prenderebbe più le cose nello stato in cui sono all'apertura del suo dritto, se potesse obbligare il proprietario a metterle in buono stato. Or

non può supporsi una contraddizione sì manifesta tra due articoli così vicini. Bisogna dunque prendere l'art. 605 (530) nel suo senso naturale, che non è imperativo. Il fine di questo articolo è di fissare l' obbligazione dell' usufruttuario relativamente alle riparazioni. L' articolo dice, ch' ei non è tenuto se non alle riparazioni di manutenzioni ».

« In seguito aggiunge che le straordinarie rimangono a carico del proprietario, ben inteso se crede a proposito il farle. Ma se non vuol farle, può esservi astretto? Ciò non dice l' art. 605 (530) e non poteva dirlo senza essere in contraddizione coll' art. 600 (525) il quale porta che l' usofruttuario prende le cose nello stato in cui sono.

» Sembra dunque, che secondo il codice civile l' usufruttuario non può costringere il proprietario a fare le riparazioni straordinarie, le quali bisognino al momento in cui principia l'usufrutto o a mettere le cose in buono stato. Del rimanente questa disposizione è fondata su la natura dell' usufrutto, ch' è dovuto dalla cosa è non dalla persona, come abbiam veduto di sopra: è lo stabile o il fondo ch'è solo obbligato, e non la persona del proprietario.

« Pothier *Trat. della sopravvivenza n.* 239. stabilisce ancora come principio, sull' esempio di Domat, che l' usufruttuario non può astringere il proprietario a fare le riparazioni straordinarie necessarie al cominciamento dell' usufrutto. Ma fa una eccezione o sia una derogazione a questo principio in favor della vedova che gode la sopravvivenza; e questa eccezione la fonda sulla obbligazione personale che contrasse il marito verso la moglie di lasciarle dopo sua morte l' usufrutto de' beni che la costumanza o la convenzione le assegnava per sua sopravvivenza. Ei crede che questa prima obbligazione ne contenga una seconda, di far tutte le riparazioni fino al tempo in cui comincia la sopravvivenza ad esser dovuta.

» Duparc Poullain *Principj di dritto T.* 5. *n.* 411. insegnava, come Pothier, che gli eredi del marito sieno obbligati a mettere in buono stato di godimento i beni compresi nella sopravvivenza assegnata alla moglie in caso di vedovanza.

« Senza esaminare se le loro ragioni sieno solide, basta osservare che ad esse non può oggi aversi alcun riguardo; perchè ben lungi che la legge imponga al proprietario l'obbligo medesimo, che l'antica giurisprudenza imponeva al marito, l'articolo 600 (528) vuole che l' usufruttuario prenda le cose nello stato in cui sono.

» Questo principio è fissato in una maniera generale senza distinguere in qual modo sia stabilito l' usufrutto, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, per atti tra vivi, o per testamento.

» Se Paolo ha venduto a Pietro l' usufrutto di una villa, s' intende che l' abbia venduto nello stato in cui era la villa all' epoca del contratto. Non è più tenuto a fare le riparazioni necessarie di quelle che non sarebbe obbligato a fare se avesse venduto la proprietà, articolo 1614 (1460): questo è il ragionamento del giudizioso e profondo Domat, perchè in effetti l' usufrutto è una parte della proprietà.

« Bisogna dire altrettanto del caso in cui il proprietario abbia venduto la nuda proprietà riserbandosi l' usufrutto; di quello in cui l' usufrutto sia costituito per donazione tra vivi o per testamento. *Non magis haeres reficere debet quod vetustate jam deterius factum reliquisset testator, quam si proprietatem alicui testator legasset. L.* 65. §. 1. *de usuf.*

» Si trova nell' antica giurisprudenza un arresto che sembra a prima vista allontanarsi da questi principj; essi allora non erano fissati da una legge positiva e precisa, come il sono dal codice.

« Il signor de Boissiére aveva venduto al signor de Plouy la nuda proprietà delle terre d' Acheux e d' Achery, con riserva di usufrutto in favore del venditore e di sua moglie. Ei si morì quindici giorni dopo la vendita e la signora de Boissiére dimandò la visita delle fabbriche. Si rilevò che bisognava farvi delle ricostruzioni e delle riparazioni, che formavano un oggetto considerevole.

» Dimandò in seguito la signora di Boissiére che il signor Plouy facesse fare tutte le ricostruzioni e le riparazioni. Egli sostenne che non era obbligato a dar l' usufrutto delle

fabbriche che nello stato in cui veniva ad acquistarne la proprietà. Nondimeno, è questa una circostanza da notarsi, offriva sussidiariamente di rimborsare l'importo delle riparazioni quando sarebbe l'usufrutto finito.

» Con arresto del parlamento di Parigi, renduto il dì 5 agosto 1755, fu ordinato che la signora de Boissiére fosse tenuta a fare queste riparazioni, coll'obbligo al signor de Plouy di rimborsarne l'importo dopo la morte della signora de Boissière; purchè ella non amasse meglio di acconsentire che fossero fatte dal signor de Plouy, nel qual caso sarebbe ella tenuta a pagargli l'interesse dell'importo delle dette riparazioni durante sua vita.

» Nella specie di questo arresto, siccome abbiamo di già notato, il signor de Plouy acconsentiva che le ricostruzioni e le riparazioni si fossero fatte: offriva di rimborsarne l'importo dopo finito l'usufrutto. L'arresto dunque non ha giudicato che il proprietario fosse tenuto a fare le ricostruzioni e le riparazioni necessarie al momento in cui principiò l'usufrutto; ma soltanto che nel caso in cui egli acconsente che si facciano, è obbligato a pagarle, e l'usufruttuario deve corrispondergliene gl' interessi, qualora non preferisca l'usufruttuario anticiparne l'importo per essere rimborsato alla fine dell'usufrutto, siccome prescrive l'articolo 509 (53§) a riguardo de' pesi che durante l'usufrutto possono venir imposti su la proprietà.

» Questo arresto dunque non muove alcun dubbio contra il principio che il proprietario non può venir astretto a far le riparazioni necessarie al principiar dell'usufrutto. D' altronde è desso anteriore al codice civile, che ha stabilito il principio con una disposizione precisa.

» Vediamo ora se può il proprietario venir astretto a fare le riparazioni e ricostruzioni straordinarie, che possono soppravvenire durante l'usufrutto.

» L'articolo 605 (530) dice che le riparazioni straordinarie restano a carico del proprietario. Ma noi abbiamo già notato che questa disposizione non è imperativa, ch'essa ha per fine di limitare le obbligazioni dell'usufruttuario alle riparazioni di manutenzione, e che le straordinarie non sono a carico del proprietario se non nel caso ch'ei giudichi a proposito di farle per la conservazione della proprietà.

» In questa maniera il senso di questo articolo è spiegato e determinato dall'articolo 607 (532) che n'è una conseguenza. Quest'ultimo articolo porta che » nè il proprietario nè l'usufruttuario sono tenuti a riedificare ciò che è caduto per vetustà, o distrutto per caso fortuito. »

» Notisi che questa disposizione è generale: essa non solamente si applica al caso della caduta o della distruzione totale dell'edifizio, ma ancora al caso più ordinario quando una porzione soltanto è caduta per vetustà, o distrutta per caso fortuito: l'usufrutto si conserva su ciò che rimane senza che il proprietario sia tenuto a riparare o a ristabilir le cose in buono stato.

» Or è difficile d'immaginare riparazioni straordinarie, che non siano cagionate dall'una o dall'altra di queste due cause, la vetustà, o il caso fortuito: a meno che non lo siano per una mancanza che dovrebbe esser riparata da chi l'avesse commessa. Sembra dunque che sotto l'impero del codice l'usufruttuario non può costringere il proprietario a fare le riparazioni straordinarie sopravvenute durante l'usufrutto.

» Pothier e parecchi altri decidevano sotto l'antica legislazione che nel caso di sopravvivenza assegnata alla moglie l'erede del marito era tenuto a far tutte le riparazioni straordinarie sopravvenute durante l'usufrutto; sempre per la ragione che il marito avendo contratto verso la moglie l'obbligo di lasciarle dopo sua morte il godimento de' beni che debbono comporre la sopravvivenza, l'erede del marito succedeva a quest'obbligo.

» Nondimeno Pothier stimava che se la cosa fosse perita o caduta intieramente, l'erede del marito non era obbligato a rifabbricarla. Questo autore vuol limitare al solo caso di una caduta totale la disposizione della legge 7. §. 2. *D. de usuf.* dove Ulpiano dice: *Si quæ vetustate corruisset neutiquam cogi reficere.*

» Ma noi abbiam veduto che l'articolo 607 (532) va soggetto ad una simile limitazione: le sue espressioni sembrano scelte appostatamente per prescriverla. Non è la casa

caduta per vetustà o distrutta per caso fortuito, che il proprietario non è tenuto a rifabbricare, ma dice l'articolo *ciò ch'è caduto per vetustà*; espressione che si applica naturalmente alla caduta di una parte del pari che di tutta la casa. Non deve farsi una distinzione che non ha fatto la legge, e ch'è pur contraria al testo di essa.

» Se si objettasse che la parola *rifrabbricare* non può intendersi se non che di una caduta totale della casa; che si ripara ciò ch'è distrutto in parte, e si rifabbrica ciò che lo è in tutto; che in conseguenza l'articolo 607 (532) non può intendersi che di una ricostruzione intera, noi risponderemmo che se soltanto un muro della casa è caduto per vetustà, esso si rifabbrica, si ricostruisce; è lo stesso di ogni altra parte della casa. Quindi l'articolo 607 (532) debbe intendersi di una caduta o di una distruzione parziale non che totale, perchè non ha fatto distinzione. Non si può dunque applicare all'usufrutto, sotto l'impero del codice, ciò che dicono Pothier e gli altri autori francesi in favore della vedova che gode la sopravvivenza.

» Un arresto reso dal parlamento di Parigi il 2 aprile 1761 giudicò che il signore e la signora d'Aolnay che avevano venduto la nuda proprietà della terra di Aulnay nella Sciampagna al sig. Masson de Maison Rouge, potevano pretendere da lui, e da'suoi creditori uniti, la ricostruzione di una capanna e di un ovile caduto per vetustà qualche anno dopo della vendita.

» Questo arresto è evidentemente contrario ai principj del codice. L'usufruttuario dimandava che il proprietario ristabilisse una capanna, ed un ovile intieramente caduti per vetustà. Or giusta l'articolo 607 (532) nè il proprietario nè l'usufruttuario son tenuti a riedificare ciò ch'è caduto per vetustà. Un simile arresto sarebbe cassato se fosse pronunciato sotto l'impero del codice.

» Da questa discussione risulta che giusta i principj del codice l'usufruttuario non può costringere il proprietario a fare le riparazioni straordinarie al cominciare, e durante l'usufrutto.

» Sì fatta decisione può sembrar dura à coloro i quali sono imbevuti dell'antica dottrina relativamente alla sopravvivenza assegnata alla moglie in caso di vedovanza; essi trovano poco giusto che il proprietario possa negare le riparazioni straordinarie, che ei non tralascerebbe di fare se la casa non fosse gravata di usufrutto, e che non per altra ragione nega se non perchè sà che l'usufruttuario sarà obbligato a farle onde goder della casa, la quale senza tali riparazioni sarebbe forse inabitabile.

» Ma sarebbe forse giusto costringere il proprietario a considerevoli spese da cui niun vantaggio ricava, da cui spesso non ha neppure la speranza di nulla ricavare durante sua vita; per una casa che forse egli non riparerebbe, quando pur non fosse gravata di usufrutto; che ha talvolta l'idea di abbattere in tutto o almeno in parte, perchè la sua grandezza è sproporzionata alla fortuna del proprietario; per esempio una villa che egli non può abitare e che trovasi situata in un luogo in cui non ha valor locativo? Vediamo in effetti de'proprietarii, i quali tuttochè opulenti trascurano e lasciano spesso cadere in ruina delle case ch'essi non occupano, e la di cui manutenzione è dispendiosa.

» Il legislatore forzato a pronunziare tra l'usufruttuario che non mai trova riparazioni bastanti per suo comodo, ed il proprietario che spesso trova a farne troppo su di una proprietà sterile, ha dovuto attenersi al principio. L'usufrutto è dovuto dalla cosa e non dalla persona del proprietario ch'è solo obbligato a lasciar godere l'usufruttuario ed a non apportare alcun disturbo, alcun ostacolo al suo godimento.

» Dall'altra parte all'usufruttuario rimane una risorsa; questa consiste in anticipar le spese delle riparazioni necessarie al suo godimento. Se non ad altro è obbligato che alle riparazioni di manutenzione, non è perciò impedito di far le altre; e se le fa, ne avrà il rimborso in fine dell'usufrutto, essendo tali riparazioni a carico del proprietario. Costui non potrebbe opporgli l'art. 599 (524), che niega all'usufruttuario alla fine dell'usufrutto una indennità pei miglioramenti che pretendesse aver fatti, imperciocchè le riparazioni non sono miglioramenti, ma spese necessarie alla conservazion della cosa.

» In una parola è più giusto lasciar che l'usufruttuario anticipi, se il vuole, salva la rimborsazione qualora vi sia luogo in fine dell'usufrutto, la spesa delle riparazioni straordinarie fatte per sua utilità o per suo piacere, che permettergli di costringere il proprietario a sacrificare la sua comodità, forse a vendere, per riparare una casa, di cui almeno è in dubbio se possa mai ricavare alcun vantaggio. *Toullier*, *Corso di dritto civile vol.* 3. *n.* 443. e 444.

» §. 29. Sono riparazioni straordinarie quelle delle muraglie maestre, e delle volte:
» il rinnovamento delle travi, e delle coperture intere; quello degli argini, e delle
» mura di sostegno e di cinta, egualmente
» per intero o per la maggior parte.

» Tutte le altre riparazioni sono di ma-
» nutenzione. *Art.* 531. *Leg. civ.*

Possono applicarsi al confronto di questo, e dell'articolo precedente due responsi di Nerazio, che niega ogni dritto all'usufruttuario di migliorare l'edificio su di cui ha l'usufrutto, o di terminarlo se fosse incominciato, anche per poterlo utilmente godere.

» Usufructuarius novum (*vetus enim reficere potest ut supra eod. L. hactenus*) tectorium parietibus, qui rudes (*idest novi super quibus tectum nondum impositum fuerat*) fuissent, imponere non potest; quia tametsi meliorem excolendo aedificium domini causam facturus esset, non tamen id jure suo facere potest: aliudque est tueri quod accepit (*reficiendo non faciendo*) aliud novum facere. *L.* 50. *D, de usufr. et quemad. quis ut.*

Casus. Legasti mihi usumfructum cujusdam domus quae cooperta non erat, sed erat undique fabricata: numquid ego fructuarius possum eam cooperire? et responde quod non. *Vivianus.*

» Usufructuarius novum rivum (*stillicidii, scilicet vel dic proprie pro eo quod derivat aquam per fundum alterius*) parietibus non potest imponere. Ædificium inchoatum fructuarius consummare non potest etiam si eo loco aliter uti non possit, Sed ne ejus quidem usumfructum esse, nisi in constituendo, vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrunque ei liceat. *L.* 67. *D. de usufr. et quemad. quis uta.*

Casus. Legavit mihi testator usumfructum in domo; dicit quod non possum mutare stillicidium. Secundo; legavit mihi aedificii usumfructum incboati non perfecti: dicit quod non possum perficere; quia sic mutarentur res, si perficeretur imperfectum.

» §. 30. Nè il proprietario nè l'usufrut-
» tuario sono tenuti a riedificare ciò che è
» caduto per vetustà, o distrutto per caso
» fortuito. *Art.* 532. *Leg. civ.*

» Si qua tamen vetustate corruissent, neutiquam cogi reficere. » Disse Celso nella *L.* 8. *D. de usufr. et quemad* (riportata per intera nel §. 28.)

» §. 31. Durante l'usufrutto, l'usufrut-
» tuario è tenuto a tutti i carichi annuali
» del fondo, come sono le contribuzioni,
» ed altri pesi, che secondo la consuetudi-
» ne cadono su i frutti. *Art.* 533. *Leg. civ.*

Ulpiano consagrò in massima, che i pesi reali i quali gravitano su la cosa, o debbonsi per la cosa data in usufrutto, appartengono all'usufruttuario.

» Si quid cloacarii (*idest propter cloacae publicae refectionem*) nomine debeatur, vel si quid ob formam aquaeductus qui per agrum transit pendatur, ad onus fructuarii pertinebit. Sed et si quid ad collationem (*impendendum sit*) viae, puto hoc quoque fructuarium subiturum. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus, sed et si quid municipio (*scilicet sit praestandum*); nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliore pretio addicere; solent et fisco functiones praestare, haec onera ad fructuarium pertinebunt. *L.* 33. §. 1. *D. de usufr. et quemad quis utat.*

Casus. Si quid. Habeo usumfructum in domo, et in quodam fundo. Dicitur hic quid quo ad domum deboo solvere illi qui per civitatem cloacas mundat; et alia quaedam onera sustinere; et quo ad fundum in quo habeo usumfructum, debeo sustinere expensas aquaeductus, et etiam expensas exercitus transeuntis, et alia onera quae sunt in textu. *Vivianus.*

Se le modiche riparazioni sono a carico dell'usufruttuario, gli altri pesi, al dir. di

Celso, sono benanche a carico del medesimo come le prestazioni dovute allo Stato, il salario, e gli alimenti de' servi che fan parte della cosa data in usufrutto, e simili.

» Modica igitur refectio ad eum (*fructuaria*) pertinet; quoniam et alia onera agnoscit, usufructu legato; ut puta stipendium, vel tributum, vel salarium, vel alimenta ab eo relicta. *L.* 8. §.2. *D. de usufr. et quemad.*

» §. 32. L'usufruttuario ed il proprietario
» concorrono nel modo seguente al pagamento
» de' carichi che possono essere imposti sulla
» proprietà, durante l'usofrutto.

» Il proprietario è tenuto a pagarli; e
» l'usufruttuario gli dee corrispondere l'in-
» teresse della somma pagata.

» Se l'usufruttuario ne anticipi il paga-
» mento ha il dritto alla ripetizione del ca-
» pitale alla fine dell'usufrutto. *Art.* 534.
» *Leg. civ.*

Le disposizioni di questo articolo sono attinte dal responso di Papirio Giusto stabilito sul rescritto degl' imperatori Antonino, e Vero. Ebb'egli per canone, che i tributi imposti su i predj reodano i predj stessi obbligati, e non le persone, che vi hanno dominio.

» Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus (*idest pro tributis*) ipsa predia, non personas conveniri. Et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere; eoque exemplo actionem si ignoraverunt habituros. *L.* 7. *D. de publicanis et vectigalibus.*

Casus. Quando debetur tributum ratione praediorum, ipsa praedia sunt obligata, non personae. Hinc est quod si praedium tributarium emisti, pro quo multi anni erant elapsi, quod non erat solutum tributum a vendente; dicitur quod tu emptor debebis solvere tributa etiam praeteriti temporis. Habebis tamen tuam actionem contra venditorem tuum si tu ignorans hoc emisti. »

In riguardo poi all'interesse della somma pagata che l'usufruttuario dee corrispondere al proprietario, vediamo dalla dottrina di Papiniano discendere anche il principio, che un predio comune a molti, tutti debbono soddisfare i tributi, e che pagando uno per gli altri, quegli riceve dal fisco l'azione da costringer questi alla indennizzazione.

» Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure conveniretur; adversus caeteros, quorum aeque praedia tenentur ei, qui conventus est, actiones a fisco praestantur; scilicet ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant. *L.* 5. *in princ. D. de censibus.*

Casus. Praedia quedam habebam communia cum pluribus: solvi tributa pro me, et pro consortibus: debet fiscus mihi cedere actionem contra socios meos pro quibus solvi. »

I carichi che possono inoltre essere imposti su la proprietà riguardano l'imprestito forzoso di cui siano gravati i proprietarj, sia pel passaggio di un armata, sia per la costruzione di una strada, sia in somma per qualunque altra contribuzione accidentale o temporanea. L'articolo poi divide ciò, che si dee dall'usufruttuario da quello cui è tenuto il proprietario. Il primo è obbligato di corrispondere l'interesse della somma che si paga, per eguagliare quest'obbligo all'annua contribuzione, cui dona l'usufrutto l'usufruttuario è tenuto in virtù dell'articolo precedente. Il proprietario poi dee corrispondere l'intero pagamento dei carichi imposti, come quelli che gravitano sul fondo. » Questa contribuzione comune, dice il tribuno Garj, è nelle regole di equità; poichè ciascuno profitta, nell'ordine de' suoi interessi, di una spesa che ha per oggetto la conservazione o la migliorazione della proprietà. *Esposiz. de motivi sul cod. civ. n.* 48.

§. 33. » Il legato di una rendita vitalizia,
» o di una pensione per alimenti, dal le-
» gatario universale dell'usofrutto dee pre-
» starsi per intero, e dal legatario a ti-
» tolo universale dell'usufrutto dee prestarsi
» in proporzione del suo godimento, senza
» che abbiano veruno dritto di ripetizione.
» *Art.* 535 *Leg. civ.*

» Ciò importa, dice Maleville, che colui il quale ha l'usufrutto intero di una eredità dee pagare tutta la pensione vitalizia, e che quegli che ha soltanto una quota parte dell'usufrutto, dee pagarne un terzo o un quarto ec. a differenza di chi non avendo, che una cosa particolare dell'eredità,

non è tenuto regolarmente a pagar nulla secondo l'articolo seguente *Maleville - Osservazione all' art.* 610 *del cod. civ.*

Così anche Toullier » se l' usufrutto è a titolo universale, vale a dire di una quota parte de' beni, per esempio del quarto, del terzo, o della metà, l' usufruttuario non dee prestare che il quarto, il terzo o la metà della rendita vitalizia o della pensione per alimenti. Se il legato di usufrutto era di una quantità d' immobili o di mobili, bisognerebbe fare l' apprezzo di tutti i beni per fissare la contribuzione dell' usufruttuario in proporzione dell' usufrutto. *Toullier. Corso di dritto civ. t.* 3. *n.* 433.

§. 34. » L' usufruttuario a titolo particolare non è tenuto al pagamento de' debiti, pe' quali il fondo è ipotecato. Se viene forzato a pagarli, ha il regresso contro il proprietario; salvo ciò che è disposto nell' articolo 374 sotto il titolo delle donazioni tra vivi e de' testamenti. *Art.* 536. *Leg. civ.*

Dopo di aver determinati gli obblighi dell' usufruttuario, o quando entra nel godimento, o nel corso dell' usufrutto, il tribuno Garj esamina quali sono quelli che la necessità gl' impone di contribuire in certi casi ai debiti della proprietà,

» Per rendere più facile, ei dice, la intelligenza delle disposizioni del progetto di legge su di questa questione, bisogna ricordarsi quello della legge de' 13 fiorile ultimo sulle donazioni tra vivi, ed i testamenti. Sono distinti in questa legge tre sorti di legato particolare il quale è di una cosa determinata; il legato universale il quale è della universalità de' beni; ed il legato a titolo universale, il quale ha per oggetto una quota de' beni, come una metà, un terzo, o tutti i stabili, o tutti i mobili, o una quota sola de' fondi, o del mobile, ed ivi è stabilito, che il legatario a titolo particolare non è obbligato ai debiti della successione, ch' essi sono tutti a peso di colui che raccoglie la universalità de' beni; e che colui il quale non ne riceve se non che una quota non è obbligato di contribuirci se non in una porzione eguale a questa quota.

» Il consiglio di stato, ed il tribunato non potevano seguire traccia più sicura di quella che voi gli avete delineata. Come voi, noi abbiamo distinte tre specie di usufrutto; l'usufrutto a titolo particolare, l' usufrutto universale, e l' usufrutto a titolo universale.

» L' usufruttuario a titolo particolare non è obbligato ad alcuno de' debiti della proprietà, ad eccezione nulladimeno dei dritti del creditore ipotecario, ed il ricorso dell' usufruttuario in caso di pagamento contro il proprietario. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 48.

Vedi *Spropriazione forzata* §. 1. *Quest. di Persil.*

Nella corte di cassazione di Parigi vennero ad esame le seguenti questioni.

1. Quando in una eredità non vi è che un solo immobile, e che ne è stato legato l' usufrutto, come anche tutti i mobili, l' erede lagale convenuto dai creditori può vendere una porzione di questo immobile?

2. L' usufruttuario può egli opporvisi?

Con decisione de' 4 fruttidoro anno 13 fu risoluto la prima questione affermativamente, l' altra negativamente.

» *Fatto.* Nell' anno 9 Teresa Massa fa un codicillo in cui dona al signor Guigo suo marito l'usufrutto di un suo stabile di San Ponzio, e la proprietà di tutti i suoi mobili, semoventi, ornamenti, redditi e crediti arretrati.

» Dopo la di lei morte, un cessionario di Martiu, creditore di mille franchi sulla eredità, riclama il pagamento di questa somma contro gli eredi Massa.

» Giambattista Massa, il solo de' quattro eredi presuntivi che abbia accettato l'eredità chiama in giudizio il Guigo, e domanda di essere autorizzato, in caso di condanna, a far procedere alla vendita dell' immobile lasciato in legato, fino alla concorrenza della somma domandata.

» Guigo risponde che l' erede è il *solo* obbligato pei debiti dell' eredità; che il legato d' usufrutto dello stabile di San Panzio che glien' è stato fatto, essendo un legato a titolo *particolare*, deve goderlo senza soggiacere ad alcuna passività.

» Sentenza del tribunale di Nizza che au-

torizza Massa a far vendere una parte dell'immobile fino alla concorrenza della somma da pagarsi, quando Guigo non amasse piuttosto di pagare il credito di Martin nei di cui diritti egli sarebbe surrogato, e potrebbe, dopo la cessazione dell'usufrutto, agire contro il proprietario del fondo.

» La corte d'Aix conferma questa sentenza in appello. Si fonda su ciò, che » sebbene nel codicillo della sua sposa il signor Guigo non sia instituito che legatario particolare dell'usufrutto dello stabile di San Ponzio, questo è in effetto il solo immobile che componga la eredità di Teresa Massa; che il detto Guigo è inoltre legatario in piena proprietà della totalità de' mobili, effetti, ornamenti, danaro contante e capitali dell'eredità della sua sposa: e che in questo stato di cose non si può autoritorizzarlo a promuovere la vendita di una porzione dello stabile di San Ponzio, per abilitare l'erede a far fronte ai debiti dell'eredità. »

» Massa ricorre contro tal sentenza avanti la corte di cassazione, e sostiene contenere molte violazioni del testo preciso del codice.

» L'usufruttuario a titolo particolare, secondo l'articolo 611, non è tenuto per i debiti pe' quali è ipotecato il fondo; e se vien forzato a pagarli, ha il suo regresso contro il proprietario.

» L'articolo 1010, dimostrandoci quali siano i legati a *titolo universale*, c' insegna quali siano quelli a *titolo particolare*.

» Applicando questo articolo non v'ha dubbio che il legato fatto a Massa non sia di quest' *ultima* specie.

» Ora, se l'usufruttuario non è tenuto pe' debiti annessi al fondo gravato di usufrutto, con più forte ragione non si può ordinare, come qui si fa, che quegli il cui fondo sul quale è semplicemente posto l'usufrutto senza alcun *peso ipotecario*, paghi i debiti dell'eredità.

» Eccovi una prima violazione dell'art. 611.

» È vero che l'art. 871 obbliga il legatario a *titolo universale*, a pagare i debiti in concorrenza cogli eredi; ma ne dispensa anche formalmente il legatario a *titolo particolare*.

» Gli articoli 1012 e 2024 ripetono la stessa disposizione; sono adunque stati violati tutti questi articoli.

» Come, infatti, obbligar Massa a pagare il debito?

» Esso non può essere *personalmente* escusso; poichè non esistè giammai alcuna obbligazione tra lui e Martin o il suo cessionario.

» L'azione del creditore non essendo *reale*, poichè non v'è alcuna *inscrizione*, non si può togliere a Massa il possesso dell'immobile o del suo immobile o del suo usufrutto sopra questo immobile.

» Finalmente non è tenuto in *via di contratto*; poichè non ha fatto alcuna convenzione; e non *rappresentando* il defunto, niente l' obbliga verso il creditore riclamante.

» Così egli non ha potuto essere molestato sotto verun rapporto nel godimento dell'usufrutto che gli è lasciato in legato a *titolo particolare*.

» La corte,

» Dietro il parere del signor Jourde sost. proc. gen.

» Attesochè è riconosciuto che non vi è altro immobile nella eredità di Teresa Massa, che quello di cui ella ha legato l'usufrutto a Gian Giuseppe Guigo; e che d'altronde il detto Guigo è nel medesimo tempo legatario della proprietà di tutto il *mobiliare* di questa eredità.

» Che l'articolo 612 del codice civile assomiglia l' usufruttuario *universale*, quantunque a *titolo* particolare, al legatario di usufrutto a *titolo universale*.

» Che la corte di appello si è conformata a questa disposizione della legge, autorizzando Gian Battista Massa, nella sua qualità di erede, a far vendere una porzione degl' immobili soggetti all' usufrutto lasciato in legato al detto Guigo fino alla concorrenza de' debiti riclamati, quando il detto Guigo non ami meglio di pagare egli stesso il creditore, salvo a lui il regresso contro l'erede, cessato che sia l'usufrutto.

» Rigetta ec.

Su la eccezione disposta coll' articolo 974 Vedi *Legato* §. 11.

» 35. L'usufruttuario o universale, o a » titolo universale dee contribuire col pro» prietario al pagamento de' debiti nel modo » che segue.

» Si stima il valore del fondo soggetto

» all' usufrutto, e si fissa in seguito il con-
» tributo al pagamento de' debiti in ragione
» di questo valore.

» Se l' usufruttuario vuole anticipare la
» somma per cui il fondo dee contribuire
» gli viene restituito il capitale al termine
» dell' usufrutto, senza alcuno interesse.

» Se l'usufruttuario non vuole fare questa
» anticipazione, il proprietario, può scegliere
» tal somma, ed in questo caso l'usufruttuario
» gliene corrisponde l' interesse, durante il
» tempo dell' usufrutto; o di far vendere una
» porzione de' beni soggetti all' usufrutto sino
» alla concorrente somma dovuta. *Art.* 537.
» *Leg. civ.*

Per conoscere lo spirito di queste dispo-sizioni può confrontarsi la massima generale consagrata dagl' imperatori Diocleziano, e Massimiano, di non essere, cioè, il donatario di una cosa certa tenuto al pagamento dei debiti, che grsvitsno la successione intera.

» Aeris alieni, quod ex hereditsria causa venit, non ejus qui donationis titulo possidet, sed totius juris successoris onus est; si itaque nemini obligata praedia per donationem consecuta es, supervacuam geris solicitudinem, ne vel heredes donatricis, vel ejus creditores te jure possint convenire. *L.* 15. *Cod. de donationibus.*

Casus. Dedit mihi Titius fundum, et decessit, nunquid creditores me convenient? Dicitur quod non; sed universalem successe-sorem, nisi fundus ille esset ei obligatus. *Vivianus.*

Nell' analisi di quest' articolo osserva Maleville, che » alle sue prime parole non dee darsi quella spiegazione che sembrerebbe a prima giunta la più ovvia, cioè che l' usufruttuario sia tenuto a sborsare del proprio le somme necessarie per pagare i debiti, soffrendo uno scapito maggiore di quello che naturalmente gli apporta la restituzione dell' usufrutto. Questa intelligenza sarebbe del tutto contraria alla disposizione delle leggi romane, all' uso dei paesi ove si osserva o il dritto scritto o la consuetudine, ed all' equità de' principj medesimi.

» Il pagamento de' debiti sta a carico dell' erede o del donatario a titolo universale. Solo codeste persone rappresentano il defunto, e ad esse soltanto appartengono i beni obbligati ai capitali dei debiti. L' usufruttuario non è altro che un donatario a titolo speciale, nè ha egli dritto che sopra i frutti, i quali sono soggetti al pagamento dei pesi annuali o degl' interessi. Difatti l' articolo 608 (533) nol sottomette che a quest' obbligo.

» Siccome poi non si può considerare bene effettivo che quello che avanza onde sieno pagati i debiti; così l' usufruttuario è tenuto a rilasciare una porzione di que' beni su cui cade l' usufrutto, affinchè si possano pagare i debiti stessi. Ma da ciò non ne risulta, che oltre all' abbandono ch' egli fa di questa porzione di beni debba altresì essere soggetto allo sborso del proprio denaro per pagare la metà o il terzo di questi debiti secondo le circostanze. Egli ha fatto abbastanza il suo dovere spogliandosi di una porzione de' beni; l' aggravarlo ulteriormente sarebbe contrario alla giustizia.

» Se l' usufruttusrio vuol pagare i debiti affine di conservare il godimento dell' intero usufrutto, sta in lui il farlo. Al compiersi dell' usufrutto egli viene rimborsato del suo denaro, ma senza prò; imperciocchè egli non potea pretendere che l' usufrutto de' beni che avanzavano dopo il pagamento de' debiti. Del pari se il proprietario sborsa la somma in anticipazione, l' usufruttario è tenuto a pagare a lui, per la stessa ragione l' interesse della somma. Se ricusano entrambi di dare il danaro che vi si richiede, si vende parte del fondo. Tutto ciò è perfettamente uniforme alla ragione ed ai principj. *Maleville. Osservazione all' art.* 612. *del cod. civ.*

Risulta da queste osservazioni che l' usufruttuario a titolo universale contribuisce insieme cogli eredi in proporzione del suo emolumento uniformemente a quanto è disposto coll' articolo 792. Vedi *Divisione* §. 25 e seguenti.

Instituito un legato a titolo universale dei mobili in proprietà, e dell' immobile in usufrutto, il legatario è obbligato al pagamento dei debiti o col proprio denaro, o colla vendita dell' immobile. Decisione della corte di cassazione di Parigi di pratile anno 13.

» *Fatto.* Gigo era stato istituito dalla moglie legatario di tutti i suoi mobili in pro-

prietà, e del solo immobile ch'ella avesse, in usufrutto.

» L'erede naturale lo cita dinanzi al tribunale di Nizza affichè abbia o ad acconsentire alla vendita di una parte dell'immobile per pagare i debiti, o a soddisfare questi debiti co' proprj denari, se ciò gli fosse più in grado. Allega l'articolo 612 del codice. Sostiene Gigo di non essere obbligato a codesto pagamento, mercechè non era ne usufruttuario universale, ne legatario universale. Non legatario, perchè gli si aveva lasciata una sola porzione nella universalià de' beni. Cita gli articoli 1003 1010 del codice.

» Replica l'erede, che Gigo non poteva negare di essere legatario a titolo universale essendolo di tutti i mobili, e ch'era poi in fatto anco usufruttario universale avendo tutti i mobili in proprietà e in usufrutto, e il solo immobile che si trovasse nella eredità, in usufrutto soltanto. Conchiude che Gigo possedendo tutto non poteva dispensarsi di pagare i debiti.

» Il tribunale di Nizza decide a favore dell'erede. La corte di appello di Aix conferma la sentenza.

» Gigo ricorre alla cassazione, e adduce gli articoli 871 e 1029 i quali non obbligano un legatario particolare a pagare i debiti, o a supplire agli aggravj.

» La corte: Attesochè Gigo non era stato condannato a pagare come legatario particolare, ma sibbene come legatario a titolo universale, essendo egli tale di fatto, dappoichè la testatrice lo aveva dichiarato legatario di tutti i mobili, e usufruttuario insieme del solo immobile ch'ella possedesse: Rigetta.

» §. 36. L'usufruttuario è tenuto per le » spese delle liti concernenti l'usufrutto, e » per le condanne alle quali le stesse liti po» trebbero dar luogo. Se la lite riguarda tanto » la proprietà, che l'usufrutto saranno tenuti » il proprietario, e l'usufruttuario per con» tributo. *Art.* 538. *Leg. civ.*

» Secondo quest'articolo, dice Maleville, l'usufruttuario non sarebbe tenuto a pagare le spese di quelle liti che concernono la proprietà. A modo di esempio egli non dovrebbe sborsare nulla, se un estraneo venisse a rivendicare il fondo del quale egli gode l'usufrutto. Ma se questo estraneo pretendesse inoltre la restituzione de' frutti, come accade ordinariamente almeno dopo l'azione, io credo, che l'usufruttuario dovrebbe contribuire alle spese della lite. *Maleville. Osservaz. all' articolo* 613. *del cod. civ.*

Toullier conviene con Maleville, che nell'eposto caso l'usufruttuario dovrebbe contribuire alle spese. Ma in quale proporzione?

» Sembra, ei risponde, che bisogna ricorrere alla regola stabilita dall' articolo 612 (537): il proprietario deve anticipar le spese, e l'usufruttuario corrispondergliene gl'interessi per tutto il tempo dell'usufrutto.

» Se il proprietario non vuol fare le anticipazioni, e preferisce di soffrire una evizione piuttosto che di sostenere una lite, l'usufruttuario può fare le anticipazioni per conservare il suo dritto, ed in caso di successo il capitale delle anticipazioni legittime di cui la legge non accorda la rivaluta contra l'avversario che succumbe, sarà restituito dal proprietario al fine dell' usufrutto, ma senza verun interesse. *Toullier. Corso di dritto civ. T.* 3. *n.* 434.

Se la lite, interessa nel tempo stesso il proprietario e l'usufruttario; come se si pretendesse che colui il quale ha costituito l'usufrutto non fosse proprietario della cosa, o non lo fosse che di una porzione? In questo caso l'azione di revindica dev'ella essere diretta nello stesso tempo contra il proprietario, e contra l'usufruttuario? » Non si dee mettere in dubbio l'affermativa, risponde Delvincourt; poichè l'usufrutto è uno smembramento della proprietà. Il proprietario e l'usufruttuario debbono dunque essere assimilati a due comproprietarj, o a due conpossessori, contro de' quali dee parimenti essere formata l'azione di revindica. Riguardo al pagamento delle spese; bisogna distinguere se l'usufrutto sia stato costituito a titolo gratuito, o a titolo oneroso, se sia a titolo oneroso, siccome l'usufruttuario dev'essere allora garantito dal costituente, e che questa garentia comprende il pagamento delle spese (1636) (1476) non vi ha dubbio che il costituente debba tener conto all'usufruttuario di tutte le spese che ha potuto fare, così sulla domanda originaria, che sulla domanda in ga-

rentia. Ma se l'usufrutto sia stato costituito a titolo gratuito, essendo allora una pura donazione, ed il donatore non essendo tenuto alla garentia, le spese fatte dall'usufruttuario sono a suo carico. Bisogna però eccettuarne il caso in cui il costituente sarebbe stato in dolo; come se al momento in cui costituì l'usufrutto, sapeva che la cosa non gli appartenesse. Egli dee allora garentire l'usufruttuario per le spese, come nel caso dell'acquisto a titolo oneroso. *L.* 18. §. 3. *D. de donationibus. Delvincourt. Corso di cod. civ. T.* 3. *nota* 57. *al tit.* 3.

» §. 37. Se durante l'usufrutto un terzo » commettesse qualche usurpazione sul fondo, » o altrimenti attentasse alle ragioni del pro» prietario, l'usufruttuario è tenuto ad av» vertirlo; e mancando a ciò, egli è respon» sabile di tutti i danni che ne potrebbero » risultare al proprietario, come lo sarebbe » pe' deterioramenti del fondo da lui mede» simo cagionati. *Art.* 539. *Leg. civ.*

Ulpiano in consagrare la dottrina, che l'usufruttuario non dee permettere l'acquisto di una servitù nel fondo, insegna nell'atto stesso che neppure il proprietario può stabilirvi la servitù pel di cui mezzo il godimento dell'usufrutto sia diminuito.

» Fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest: et si forte fuerit non utente fructuario amissa, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus, ne consentiente quidem fructuario, servitutem imponere potest. *L.* 18. §. *ult. D. de usufr. et quemad.*

Per la servitù passiva da non potersi dal proprietario stabilire sul fondo neppure col consenso dell'usufruttuario, Noodt ne somministra la ragione.

» Ea ratio est; quod praedii servitus est praedii qualitas; si nocitura sit constituto jam ususfructui, non potest dominus praedio fructuario imponere, neque invito fructuario, qui non habet plenam proprietatem, neque consentiente, quia nihil facit consensus non habentis proprietatem, neque solidam eo modo facientis, quamdiu retinet usumfructum ab ea separatum. *Noodt. De usufruct. lib.* 1. *cap.* 15.

Due questioni emergono inoltre nell'esame del nostro articolo 1. pendente la lite su la proprietà, il dritto dell'usufruttuario resta interrotto? 2. resta benanche interrotto se questa lite attacca l'usufrutto? Un responso di Paolo risolve questi due casi precisamente. Nel primo ammette la negativa, lasciando l'usufruttuario nel pacifico godimento de' frutti del fondo conteso. Nel secondo caso l'usufrutto è interrotto, ma il proprietario dee dar cauzione di restituire tutto l'arretrato.

» Si fundus, cujus ususfructus petitur a non domino possideatur, actio redditur (*omnium rerum etiam mobilium occasionem immobilium*). Et ideo si fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilominus in possessione esse debet: satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum, cui ususfructus relictus est; quandiu de jure suo probet. Sed si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim ususfructus ei differtur (*donec probet se usumfructum habere non ergo erat in possessione. Tunc enim remaneret in possessione, et frueretur*) sed caveri debet de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus sit, vel si satis non detur ipse frui permittitur. *L.* 66. §. *ult. D. de usuf.*

Casus. Si fundus. Testator legavit mihi usum fructum fundi: heres cui nuda proprietas remansit tradit mihi; postea cecidit a possessione, et Titius quidem possidet. Dicit quod intendam confessoriam contra eum. Secundo dicit: pone quod etiam heres agat rei vindicatione contra Titium tenentem, et tunc aut uterque confitetur me fructuarium, et heres, et ille possessor, quod similiter debet mihi restitui, et cavebit possessor de non petendo a me. Aut ambo diffitentur, et tunc differtur restitutio mihi facienda donec probem de jure meo; sed possessor cavet mihi de restituendis fructibus medii temporis si obtineo. *Vivianus.*

» §. 38. Se l'usufrutto non è costituito se » non sopra un'animale il quale venga a pe» rire senza colpa dell'usufruttuario, non è » questi tenuto a restituirne un'altro, nè a » pagarne la stima. *Art.* 540. *Leg. civ.*

La carne e'l cuojo dell'animale che perisce, nei termini del presente articolo, appartengono al fruttuario? Cajo sostiene la negativa su la ragione che colla morte dell'animale si estingue l'usufrutto.

» Caro et corium mortui pecoris in fructu non est; quia extinguitur mortuo eo ususfructus. *L.* 30. *D. Quibus modi ususfructus vel usus amittatur.*

Casus. Si habeo usumfructum in bove, et moritur bos, ad me non pertinet caro, et corium. *Vivianus.*

» §. 39. Se il grege su cui si è stabilito
» l'usufrutto perisce interamente per caso o
» per malattia, e senza colpa dell'usufrut-
» tuario, questi non è obbligato se non a
» render conto al proprietario delle pelli o
» del loro valore.

» Se il grege non perisce interamente,
» l'usufruttuario è tenuto a surrogare i capi
» degli animali che sono periti, con quelli
» che nascono sino alla quantità concorrente.
» *Art.* 541. *Leg. civ.*

La prima parte di questo articolo è uniforme all'articolo precedente sul termine dell'usufrutto che avviene colla morte dell'animale. Vi si unisce la riportata dottrina di Cajo su'l cuojo, e la carne che appartengono al proprietario.

Sul parto poi degli animali da sostituirsi ai capi del grege, le disposizioni corrispondono a quelle dettate da Giustiniano.

» Sed si gregis (*Grex est numerus decem ovium, vel quinque porcorum simul, et congregatim consistentium*) usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submittere (*quae submissio non fit, si in singulis capitibus sit ususfructus*) debet. *Institut.* §. 38. *lib.* 2. *tit.* 1. *de rerum divisione* §. 38.

Ma se nel grege non vi sia stato alcun parto, o se il parto fosse morto, o se le pecore fossero abortite pria di potersi devenire alla surrogazione, l'usufruttuario è anche tenuto a pagarne il valore? Vinnio sostiene la negativa.

» Si ex grege nondum ulla nata sint prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut foetus perierunt, priusquam submitti possent, nihil supplere debebit fructuarius. *Vinnii institut. lib.* 2. *tit.* 1. *ad* §. 38. *nota ex foetu submittere.*

Dei modi con cui finisce l'usufrutto.

» §. 40. L'usufrutto si estingue colla morte
» dell'usufruttuario; collo spirare del tempo
» per cui fu costituito; colla consolidazione,
» o sia riunione nella stessa persona delle due
» qualità di usufruttuario, e di proprietario;
» col non usarne pel corso di anni trenta;
» colla perdita intera della cosa sulla quale
» fu costituito l'usufrutto. *Art.* 542. *Leg. civ.*

Nei modi stessi dispose Giustiniano che doveva finir l'usufrutto.

» Finitur ususfructus morte (*scilicet naturali*) usufructuarii, et non utendo per modum, et tempus (*scilicet, ut bonus paterfamilias; vel melius per modum et tempus, idest, per moderatum tempus, scilicet decem annorum inter praesentes, et viginti inter absentes*), quae omnia nostra statuit constitutio (*Cod. de usufru. L. corruptionem*). Item finitur ususfructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur; nam cedendo extraneo nihi agitur, vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit, quae res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si aedes incendio consumptae fuerint (*scilicet in totum*), vel etiam terraemotu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areae quidem usumfructum deberi. Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem: et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem. *Institut. lib.* 2. *tit.* 4. *de usufructu* §. *ult.*

Casus. Domine, jam video quid est ususfructus, et qualiter constituitur, et in quibus constitui potest: dicatis modo mihi quibus modis finitur ususfructus. Ad hoc respondeo. Amice: ususfructus naturali morte usufructuarii finitur..... Finitur etiam ususfructus, si usufructuarius non utatur usufructu per tempus a lege statutum, et haec omnia statuit nostra constitutio. Et non solummodo praedictis modis finitur ususfructus, sed etiam cessione. Nam si usufructuarius domino proprietatis cesserit, finitur ususfructus, secus si extraneo cesserit; nam extraneo cedendo nihil agit; et similiter in casu converso si usufructuarius proprietatem rei in qua habet usumfructum acquisierit finitur ususfructus;

et hujusmodi acquisitio proprietatis appellatur consolidatio. Et non solum praedictis modis finitur usus fructus, sed etiam interitu ipsius rei, in qua quis habet usufructum; nam si aedes incendio in totum consumptae fuerint, vel terraemotu, vel vitio proprio corruerint, constat usumfructum extingui, nec areae usumfructum deberi..... Domine, jam video quibus modis finitur ususfructus: dicatis mihi, si placet, quid juris est quando totus ususfructus est finitus? Ad hoc respondeo: Amice, cum totus ususfructus finitus fuerit, revertitur statim ad suam proprietatem, et consolidatur cum ea; et qui primo erat dominus nudae proprietatis, incipit ex eo tempore plenam proprietatem, et potestatem in rem habere. *Franc. de Aret.*

Messi pertanto a più distinto dettaglio i modi con cui finisce l'usufrutto presentiamo il seguente esame.

1.° *Modo.* L'usufrutto si estingue colla morte dell'usufruttuario: massima consagrata dall'imperatore Antonino.

» Si patri tuo usufructus legatus est, defuncto eo, nichil ad te pertinet, cum morte ejus cui fuerat legatus, vel alio modo acquisitus, ad proprietatem regredi soleat. *L.* 3. *Cod. de usufructu.*

Casus. An usufructuarius decedens usumfructum trasmittat ad heredes quaeritur? Respondetur quod non, sed morte fructuarii usufructus cum proprietate consolidatur. »

Per ciò che riguarda la morte dell'usufruttuario si osserva che debba intendersi per la sola naturale. Nondimeno Maleville riflette a non esservi dubbio che la morte civile non ponga termine all'usufrutto, sebbene non si convenga universalmente che faccia essa cessare una pensione vitalizia, o un legato alimentario *L.* 10. *D. de capite minut.* Ma il proprietario diviene talmente padrone dei suoi averi che non dee farne partecipe del menomo l'usufruttuario. E questi avendo avuto un ampio usufrutto dovrà trovarsi in una condizione peggiore che non sarebbe stato se gli si fosse lasciata una semplice rendita vitalizia? Pare che l'equità esiga che sia prescritto al proprietario di somministrargli almeno gli alimenti. Difatti la detta *L.* 10, voleva che i dritti di uso, e di abitazione, limitati ad un di presso agli alimenti, non cessassero mediante la morte civile. *Maleville. Osservazione all' art.* 617. *del cod. civ.*

Dippiù osserva Toullier su la specie » sembrar molto strano che l'usufrutto si estingua con la morte civile dell'usufruttuario, nel mentre che la rendita vitalizia si estingue solo con la morte naturale, e non con la morte civile del proprietario di questa rendita.

» In questo punto il codice ha seguito il dritto romano, in cui si trova questa differenza stabilita tra l'usufrutto, l'abitazione ed il legato annuo o mensile *legatum in annos, vel menses singulos relictum*, che può paragonarsi alla nostra rendita vitalizia. L'usufrutto si estingueva pe' grandi cambiamenti di stato, che trascinavano dietro la perdita della libertà, o de' dritti di cittadinanza, *media et maxima capitis diminutione.* Nel mentre che l'abitazione e 'l legato annuo non si estinguevano che per la sola morte naturale e non già per la morte civile, *media et maxima capitis diminutione.*

» Il giureconsulto Modestino assegna per ragione di ciò, che l'abitazione ed il legato annuo consiste in fatto piuttosto che in dritto *facto potius quam in jure consistit. L.* 10. *De de capite minut.* Ma questa ragione non è che una sottigliezza, come ha osservato un celebre giureconsulto o piuttosto non consiste che nell' abuso delle parole.

» La rendita vitalizia come l'usufrutto consiste in fatto e in dritto. La facoltà di esigerne il pagamento è un dritto, il pagamento è un fatto. Del pari, nell'usufrutto, la facoltà di raccogliere i frutti è un dritto, e l'azione di raccoglierli è un fatto.

» Lo stesso deve dirsi dell'abitazione, di cui la natura è assolutamente la stessa che quella dell'usufrutto. L'una e l'altro sono un dritto reale, una servitù personale o mista. *Toullier. Corso di dritto civile Vol.* 3. §, 446.

Si estinguerebbe parimenti l'usufrutto colla morte dell'usufruttuario se fosse costituito a titolo oneroso? Il motivo di dubitarne, dice Delvincourt, si trae dal che nelle convenzioni, la voce *morte* s'intende sempre della naturale soltanto; *L.* 121 §. 2. *D. de verb.* o-

blig. Forse la riposta a tal questione dovrebbe dipendere dai termini del contratto. Se per esempio fosse stato detto che mediante tale somma, Pietro abbia concesso a Paolo il dritto di godere per tutta la lui vita di una data terra, si potrebbe pretendere che l' usufrutto non sarebbe estinto colla morte civile dell' usufruttuario, ma che arrivando il caso, i suoi eredi avrebbero il dritto di goderlo, purchè giustificassero la di cui esistenza. La decisione della legge 3. *D. quibus modis usufructus amittitur* è fondata, come abbiam detto, sul perchè le parole *vita e morte* inserite nelle convenzioni debbono esser sempre comprese nel senso di vita e morte naturale: non si può presumere che le parti abbiano previsto che una di esse subirebbe la morte civile; laddove nella legge, la parola *morte* si prende indistintamente per la naturale e la civile. Tal principio sembra essere stato adottato dallo stesso codice nel l'articolo 1982 (1854). Ma se l' atto portasse seco una semplice concessione di usufrutto, senza la giunta di queste voci *durante tutta la di lui vita*, si potrebbe pretendere che le parti non avendone stabilito il termine, si siano rimesse interamente alla legge per la durata e per la estinzione di quest' usufrutto, e che in conseguenza si estinguerà colla morte civile dell' usufruttuario.

» In seguito di siffatta distinzione, si dovrebbe decidere che se un usufrutto fosse stato costituito a vantaggio di alcuno, ma sulla vita di un altro, vale a dire, per goderne questi sino a che quegli vivesse, è chiaro che non si estinguerebbe che per la morte naturale di colui sulla di cui vita se ne stabilì la durata. Ma se costui senza incorrere nella morte civile venisse a scomparire, spetterebbe il provare la di lui morte al proprietario, ovvero all' usufruttuario la sua esistenza? Io penso che le cose dovrebbero rimanere *in statu quo* sino alla dichiarazione di assenza che potrebbe ancora, se vi ha luogo, provocarsi dallo stesso proprietario: ma dichiarata l' assenza, il proprietario potrebbe reclamare i frutti scaduti dopo la scomparsa, col peso di dar la cauzione. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 3. *nota* 63. *al tit.* 3.

Conviene inoltre osservarsi, che costituito l' usufrutto sul numero di più individui, esso si estingue colla morte dell' ultimo. Così Giustiniano.

» Antiquitas dubitabat, si quis fundum, vel aliam rem cuidam testamento relinqueret, quatenus ususfructus apud heredem (*scilicet legantis*) maneret, si hujusmodi constaret legatum esse existimabant, quia ususfructus nunquam ad suam rediret proprietatem, sed semper apud heredem remaneret (et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres, et deinceps successores unius esse videantur?) nec possit hujusmodi ususfructus secundum veterem distinctionem solitis modis extingui. Alii autem hujusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. Tales altercationes decidentes sancimus, et hujusmodi legatum firmum esse, et talem usumfructum una cum herede finiri; et illo moriente, vel aliis legitimis modis eum amittere expirare. Quare enim iste ususfructus sibi tale vendicet privilegium, ut generali interemptione ususfructus ipse solus excipiatur, quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc, et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, hujusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus. *L.* 14. *Cod. de usufructu.*

Casus. Olim si testator alicui nudam proprietatem fundi, retento usufructu, pro herede legasset, dubitatio erat an valeret legatum quibusdam asserentibus, quibusdam negantibus, cum ideo nunquam esset reversus ususfructus ad proprietatem propter hoc quod secundus heres, et deinceps usque in infinitum cum sint heredis heredes, et testatoris, haberet hunc usufructum, hanc dubitationem decidit imperator, dicens hoc legatum valere scilicet proprietatis; mortuo scilicet primo herede, quare enim talis ususfructus talem privilegium sibi vendicat, ut generali interemptione excipiatur: cum ea quae generaliter dicuntur, generaliter intelligantur. »

2.° *Modo.* Per lo spirare del tempo per cui l' usufrutto fu costituito Ulpiano insegnò benanche che la condizione avverata rende estinto l' usufrutto.

» Interdum proprietarius ad libertatem perducet (*scilicet servum in quo habet propie-*

mento deriva che non vi è stata consolidazione, e che l'usufrutto non siasi mai estinto *L.* 63. *D. de usufructu, et quemad. quis uta.* Questa decisione è conforme non meno all' equità che al rigore del dritto.

» L'usufrutto di un fondo è stato legato puramente e semplicemente a Paolo, e la proprietà a Pietro, ma condizionatamente se la tale nave giunga dall'Asia. Attendendosi l'avvenimento, Paolo acquista la proprietà dall' erede del testatore, e con questo mezzo la consolidazione si opera; ma la nave giunge dall'Asia, e questo avvenimento opera la risoluzione del contratto di vendita. Il giureconsulto Giuliano decide che Paolo non ricupera il suo usufrutto, perchè divenendo proprietario ha perduto ogni dritto al suo legato. *L.* 17. *D. quib. mod. usuf. amit.* La piena proprietà rimane irrevocabilmente trasferita a Pietro. Cotesta sottile decisione è fondata sul rigore del dritto; imperciocchè vi era stata una consolidazione reale; mentre aspettandosi l'avvenimento della condizione l'erede del testatore avea potuto valevolmente alienare il suo dritto, e trasferire la proprietà, quantunque risolubile nel caso dell' avvenimento. Paolo avea dunque riunito per qualche tempo la proprietà e l'usufrutto, il quale con questo mezzo si trovava estinto.

» Ma Carlo Molineo *su l'antica costumanza di Parigi* §. 13. si è mosso contra questa decisione fondata, egli dice, su la lettera di alcune leggi piuttosto che su la nuda ragione e su la naturale equità; e la sua opinione è stata seguita anche dai giureconsulti de' paesi ne'quali il dritto romano avea forza di legge. La maggior parte di essi sono di accordo nel dire che bisogna rigettare la sottile decisione di Giuliano, e che l'equità fa risorgere l'usufrutto dopo l'avveramento della condizione. In una parola questa legge era considerata come abrogata; e molto meno deve seguirsi sotto l'impero del codice, in cui il dritto romano non ha più forza di legge. *Toullier. Corso di dritto civ. T.* 3. *n.* 455. e 456.

4.° *Modo.* Il non uso per trent'anni da' termine all'usufrutto. Valgono all'oggetto le medesime teorie stabilite per dichiararsi prescritte le azioni reali. Vedi *Prescrizione* §. 41.

5.° *Modo.* Finalmente si estingue l'usufrutto colla perdita intera della cosa su di cui è desso costituito. Così Ulpiano.

» Rei mutatione interire usumfructum placet; veluti usufructus aedium mihi legatus est: aedes corruerunt, vel exustae sunt, sine dubio extinguitur. An et areae? certissimum est; exustis aedibus, nec areae, nec caementorum usumfructum deberi. *L.* 5. §. *penul. D. Quib. modis ususfructus amit.*

Si osserva che il nostro articolo parla della *perdita intera.* Quindi ogni menoma parte che rimane della cosa data in usufrutto, l'usufrutto rimane benanche in questa parte: è ciò uniformemente alle disposizioni dell' articolo 548 (*V.* §. 46.) Non è adattabile perciò la specie indicata da Pomponio, che un gregge legato in usufrutto, questo si estingue nel caso che il gregge sia minorato,

» Cum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligitur perit ususfructus *L.* 31. *D. Quib. mod. ususfruct. amit.*

Casus. Si habeo usumfructum in grege; si perit grex, quod non remanerent, nisi quinque oves, perit ususfructus. »

» §. 41. L'usufrutto può anche cessare per » l'abuso che facesse l' usufruttuario del suo » dritto, tanto col cagionare deterioramenti » a' fondi, quanto col lasciarli perire per » mancanza di manutenzione

» I creditori dell'usufruttuario possono in» tervenire alle liti, ad oggetto di conser» vare le loro ragioni: possono offrire la ri» parazione de' commessi deterioramenti, e » garentia per l' avvenire.

» I giudici possono, secondo la gravezza » delle circostanze, pronunciare la estinzione » assoluta dell' usufrutto, ovvero ordinare la » immissione del proprietario nel possesso della » cosa sottoposta all' usufrutto; col peso pe» rò di pagare annualmente all'usufruttuario » o a quelli che hanno causa da lui, una som» ma determinata, sino al momento in cui » l'usufrutto avrebbe dovuto cessare *Art.* 543. » *Leg. civ.*

Ulpiano insegna che l' usufruttuario allora s' intende, che abusa della cosa data in usufrutto, quando opera in un modo del tutto

arbitrario, oltrepassando i limiti dell'uso che gli sono stabiliti.

» Mancipiorum quoque usufructu legato non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti; nam si librarium rus mittat, et qualum (*idest cophinum*, *vel qualum idest codalum vel codalos*, *vel qualum idest sabulum*) et calcem portare cogat; vel histrionem balneatorem faciat, vel de symphoniaco atriensam, vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate. Sufficienter autem alere, et vestire debet, secundum ordinem et dignitatem mancipiorum. Et generaliter Labeo ait in omnibus rebus mobilibus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saevitia ea corrumpat, alioquin etiam lege Aquilia eum conveniri. Et si vestimentorum ususfructus legatus sit non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur. *L.* 18. *§.* 1. *D. de usufru. et quemad. quis utat.*

È mestieri osservare inoltre con Fabro, che l'abuso dell'oggetto dato in usufrutto, è un motivo pel proprietario in far valere i suoi dritti affine di espellere l'usufruttuario, ancorchè avesse egli data cauzione.

» Quod dicitur fructuarium deteriorem rem facere non posse, sic accipiendum est, ut non solum eo nomine teneatur ex interposita stipulatione de bene utendo fruendo arbitrio boni viri, si male utatur proprietate, sed etiam ut usufructu privandus sit expellique possit, exemplo conductoris, emphyteutae, aliorumque similium personarum. Idemque probandum est, tametsi satisdederit, aut satisdare paratus sit de bene utendo fruendo, quia satisdatio non mutat malevolum propositum satisdantis, sed diutius grassandi in re aliena facultatem ei praebet. *Codicis Fabriani lib.* 3. *tit.* 23. *de usufructu. Defin.* 2.

La seconda parte del nostro articolo dà la facoltà ai creditori dell'usufruttuario di poter intervenire alle liti. A quali liti? prendendo argomento dall'articolo 538 (*V.* §. 36) intendiamo quelle concernenti l'usufrutto; dappoichè dovendo li detti creditori render salve le loro ragioni sul dritto che rappresenta l'usufruttuario nel fondo concessogli in usufrutto, posson essi prender parte nella causa, cui questo dritto può essere conteso.

Finalmente il magistrato può pronunciare la estinzione assoluta dell'usufrutto, quando conosca che i deterioramenti cagionati dall'usufruttuario ai fondi facciano temere la perdita totale dei fondi stessi. D'altronde se rinviene dei ragionevoli motivi da immettere il proprietario nel possesso della cosa sottoposta all'usufrutto, egli è autorizzato dalla legge di disporre che il proprietario paghi annullamente all'usufruttuario, o a coloro che han causa da lui una somma determinata, che corrisponda all'usufrutto. Il magistrato adunque dalla natura dei fatti che gli si offrono in esame trarrà argomento o di estinguere l'usufrutto, o d'invertire il modo del suo godimento.

» §. 42. L'usufrutto che non è accordato » a particolari non dura oltre trent'anni. *Art.* » 544. *Leg. civ.*

L'usufrutto, dice Toullier, accordato ad un comune, ad un pubblico stabilimento, ad una città sembrerebbe essere eterno, se la legge non gli avesse prefisso un termine. La *L.* 56. *D. de usuf.* avea stabilito questo termine a cento anni, e la sua disposizione era seguita nell'antica giurisprudenza. L'articolo 619 (544) vi deroga, e vuole che l'usufrutto il quale non è accordato a' particolari non duri più di trent'anni. Ma siccome la legge non ha effetto retroattivo; questa disposizione non è applicabile agli usufrutti stabiliti innanzi alla promulgazione del codice.

» Secondo il dritto romano la distruzione di una città era considerata come una specie di morte, la quale estingueva l'usufrutto. *Si ususfructus in eam inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago; ideoque quasi morte desinit habere usumfructum L.* 21. *D. quib. mod. usuf. ammit.*

» La soppressione di un pubblico stabilimento ha lo stesso effetto: estingue l'usufrutto che gli apparteneva, benchè i trent'anni fissati per la sua durata non siano spirati. *Toullier. Corso di dritto civ. Tomo* 3. *n.* 459. *e* 460.

» §. 43. L'usufrutto conceduto sino a che » una terza persona sia giunta ad una de» terminata età, dura sino a tal epoca, an-

» corchè la detta persona sia morta prima
» della età fissata. *Art.* 545. *Leg. civ.*

È uniforme il rescritto di Giustiniano.

» Ambiguitatem antiqui juris decidentis sancimus sive quis uxori suae, sive alii cuicumque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius ejus, vel quisquam alius pervenerit, stare usumfructum in annos singulos in quos testator statuit, sive persona de cujus aetate compositum est ad eam pervenerit, sive non; neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula, nisi ipse cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus: tunc etenim ad posteritatem ejus usumfructum transmitti non est penitus possibile; cum morte usumfructum penitus extingui, juris indubitati sit. *L.* 12. *Cod. de usufructu.*

Casus. Uxori usumfructum alicujus fundi legasti usque ad 12 annum filii tui, et filius tuus ante 22 an. aetatis decessit: an in ulterius tempus quam ususfructus erat relictus extendatur? dicitur quod non; nec refert sive filius ad eam aetatem pervenit, sive non; an autem si fructuaria ante illud decesserit tempus, transmitteret ad heredem quaeritur? responde quod non. »

» §. 44. La vendita della cosa soggetta
» all'usufrutto non porta verun cangiamento
» al dritto dell'usufruttuario: egli continua
» nell'usufrutto se non vi ha formalmente
» rinunciato. *Art.* 546. *Leg. civ.*

La massima è di Cajo.

» Neque ususfructus, neque iter, actusve dominii mutatione amittitur *L.* 19. *D. Quib. modis ususf.*

Casus. Si habeo in fundo tuo servitutem personalem vel realem, eam non perdo, licet tu alienes proprietatem fundi. »

» §. 45. I creditori dell'usufruttuario pos-
» sono far dichiarare nulla la rinuncia all'usu-
» frutto, che questi avesse fatta a loro pre-
» giudizio. *Art.* 547. *Leg. civ.*

Si ha come fraudolenta la rinuncia dell'usufruttuario in questo caso. I di lui creditori, che avevano dritto su l'usufrutto per essere soddisfatti, sono ben giustamente autorizzati dalla legge ad impugnarla. Quindi qualunque esser possa il motivo di tale rinuncia, ella perchè fatta senza la intelligenza di coloro che vantavano una ragione per essere intesi, si ha per nulla. Così Ulpiano.

» Gesta fraudationis causa, accipere debemus non solum ea quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera (*a debitore, et ab alio cui debitor prodesse volebat*) ad judicium non affuerit (*ut contumax damnaretur*) vel litem mori patiatur (*cum potuit litem contestari et non fecit*) vel a debitore non petit, ut tempore liberetur: aut usumfructum, vel servitutem amittit (*idest remittit per pactum vel non utendo*) Et qui aliquid fecit, ut desinat habere (*puta patiendo se judicio vinci, vel alias in fraudem obligando*) quod habet, ad hoc edictum pertinet. *L.* 3. §. 2. *D. Quae in fraudem creditorum.*

» §. 46. Se una sola parte della cosa sog-
» getta all'usufrutto perisce, l'usufrutto si
» conserva sopra ciò che rimane. *Art.* 548.
» *Leg. civ.*

La massima è dettata da Ulpiano.

» Fundi usufructu legato (*et per consequens villae quae in eo est*) si villa diruta sit, ususfructus non extinguitur, quia villa fundi accessio est, non magis quam si arbores deciderint. *L.* 8. *D. Quibus modis ususfructus amit.*

Casus. Titius legavit usumfructum fundi in quo est villa; si villa decidat manet ususfructus areae in loco ubi fuit villa; et hoc sive villa fuit accessio fundi, quae e contra fundus fuit accessio ut ortus; tamen hoc est si villae et fundi relictus fuit ususfructus. *Vivianus.*

» §. 47. Se l'usufrutto non è costituito
» che sopra un edificio, e questo venga di-
» strutto da un incendio o da altro acciden-
» te, ovvero rovini per vetustà, l'usufrut-
» tuario non avrà dritto di godere nè il suolo
» nè i materiali.

» Se l'usufrutto fosse costituito sopra una
» possessione di cui l'edificio facesse parte,
» l'usufruttuario godrebbe del suolo e de' ma-
» teriali. *Art.* 549. *Leg. civ.*

Risulta da queste disposizioni, che, per esempio, costituito l'usufrutto sopra un edificio, il quale si distrugga per uso, o rovini per vetustà, esso si estingue ancora in riguardo all'area, ed ai materiali. » Poichè, dice Delvincourt, in questa ipotesi, non si è costituito

l'usufrutto dell'area, e dei materiali, ma quello della cosa. Noi abbiamo in fatti veduto, che l'usufruttuario non ha che il dritto di godere della cosa, considerata nello stato suo ordinario, e qual si trovava all'epoca dello stabilimento dell'usufrutto. Or il modo di godimento non essendo lo stesso riguardo ad un terreno voto che riguardo ad una casa, ne segue che se la casa viene a distruggersi, non vi è più usufrutto, poichè non può più sussistere sulla casa, mentre non è più, nè riguardo al suolo, poichè è l'usufrutto di una casa e non di un suolo. Dunque egli è interamente estinto.

» Il codice inoltre ha adottatto a questo riguardo la decisione delle leggi romane *L.* 5. §. 2. *D. quib. mod. usuf. amitt.* contro l'avviso di *Pothier della sopravvivenza vedovile n.* 255. Questa decisione forse è alquanto rigorosa, specialmente ove l'usufrutto sia stato costituito a titolo oneroso. Nelle leggi romane, che hanno consacrato il medesimo principio, è sempre quistione di usufrutto legato.

» *Quid* se la cosa non perisce, ma viene a cangiar natura, come se per l'effetto di una inondazione una terra coltivabile o un prato diventasse un lago, o viceversa? In virtù dell'articolo 703 (624) e del principio che ha dettato la disposizione dell'articolo 624 (549) bisognerebbe decidere che l'usufrutto sia estinto; poichè l'usufruttuario non potrebbe più godere della cosa considerata nello stato in cui si trovava al cominciar dell'usufrutto. Questa era ancora la decisione delle leggi romane *L.* 10. §§. 2. 3. 4. 5. *idem.* Ma se prima del termine di trent'anni la cosa ritorna al pristino stato, io penso che l'usufrutto sia ristabilito *L.* 71. *D. de usufructu*, ed argomento tratto dall'articolo 704 (625). Sarebbe lo stesso se la casa crollata fosse riedificata prima de' trent'anni? No: l'usufrutto non risorgerebbe. La ragione della differenza si è, che in questo caso noi abbiamo una nuova casa, la quale non è più quella su cui fu stabilito l'usufrutto; mentre se la terra coltivabile diventata stagno ritorni ad essere coltivabile, è sempre l'oggetto stesso sul quale l'usufruttuario conserva il suo dritto, finchè non è estinto colla prescrisione.

» Le medesime leggi romane decidono, che se legato l'usufrutto di una casa, il testatore la faccia abbattere, e ricostruirne un altro, il legato è caduco *L.* 10. §§. 1. e 7. *D. quib. mod. usuf. amitt.* La loro decisione è la stessa, quando siasi legato l'usufrutto di un sito sul quale il testatore abbia fatto edificare una casa. *L.* 5. §. 3. *eod.* Ciò è molto rigoroso ma conforme ai principj che dettarono l'articolo 624 (549). Dal momento che si ammette per massima, che l'usufrutto di una casa non comprenda quello del suolo, se non quando esso è unito alla casa, talchè la estinzione dell'usufrutto della casa porta quella dell'usufrutto del suolo, deve conchiudersene, che l'usufrutto della casa A essendosi estinto colla demolizione di essa non può essere applicata alla casa B, costruita in suo luogo. Diversamente poi sarebbe, se sia la proprietà della casa A, che fosse stata legata; poichè il legato di una casa racchiudendo quello del suolo, ne segue che la demolizione della casa distrugge il legato della casa, ma non però quello del suolo, e che quest'ultimo legato porta con se quello della casa nuovamente costruita in virtù della regola *accessorium cedit principali.*

» Noi non possiamo inoltre dissimularci che tutte queste decisioni siano piuttosto sottili che eque. Ma bisogna adottarle, o trovarsi in contraddizione col principio sul quale è fondato l'articolo 624. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Vol.* 3. *nota* 66. *al tit.* 3.

» USURPAZIONE §. 1. L'usurpazione è » l'occupazione dell'altrui cosa immobile, » con animo di farne lucro contro la volontà » del padrone. *Art.* 426. *Leg. civ.*

Questo articolo comprende due estremi: l'arbitrario possesso che alcuno prende di un immobile non suo; e l'uso determinato, che si faccia di questo immobile per averne un lucro. La mancanza di uno di questi estremi esclude ogn' idea di reato.

Paolo chiamò la usurpazione una interruzione di possesso.

» Usurpatio est usucapionis interruptio. *L.* 2. *D. de usucapionib.*

Questa definizione è sembrata ai giureconsulti poco esatta. Tra gli altri Donello indi-

candola mal concepita, ne dà altra più uniforme al buon senso. Chiama usurpazione l'uso continuo della cosa altrui.

» Quoniam usurpandi verbo veteres in hac re usi sunt, quod verbum etiam extat in iscriptione tituli *de usucapionibus*, videamus quid sit, et quid horum alterum ab altero differat. Et de usucapione ex Paolo relatum est ita in *L.* 2. *D. eod.* usurpatio est usucapionis interruptio: quasi idem sit usurpare quod usucapionem interrumpere. Quod sane longe secus est, omninoque de hoc loco diligenter monendi sumus, non esse eum pro definitione usucapionis accipiendum; quod si fieret, non uno modo erraremus. Nam neque omnis usurpatio est usucapionis interruptio; nec contra omnis usucapionis interruptio est usurpatio; ut sic nec definitum conveniat definitioni, nec definitio definito. Id significatio, et usus verbi, qui apud omnes est, planum faciet. Usurpare latinis, et probatis omnibus auctoribus nihil aliud est, quam re aliqua serio aut frequenter uti. *Donelli Comment. de jure civ. lib.* 5. *cap.* 21. *n.* 10.

Nella suprema corte di giustizia fu portato l'esame del dubbio, se liquidata in giudizio penale la pruova della usurpazione di terreno, possa rinviarsi il procedimento al giudice civile, sul riflesso che il dritto dell'usurpatore sia possessorio. La negativa risultò nella decisione de' 20 dicembre 1822.

» *Fatto*. Francesco Lessigni querelò presso la giustizia regia di Conversano D. Antonio Saracino di usurpazione di terreno, viti ed un albero.

» Nel dì 21 luglio 1821 apertosi la pubblica discussione l'imputato Saracino dimandò un esperimento di fatto per verificarsi la imputazione addossatagli.

» Il giudice regio ammise la dimanda di esperimento, ed ordinò di aggiornarsi il dibattimento pel successivo dì 22 agosto, passarsi alla elezione de' periti, e darsene conoscenza alle parti:

» Nel dì 13 settembre il giudice volendo passare alla nomina de' periti considerò, che l'accusato Saracino non poteva intervenire all'esperimento, non ostante la di lui richiesta, ma poteva solamente intervenire il suo difensore, e quindi con sua sentenza ordinò, che pel dì 18 di detto mese di settembre alla sua presenza e del suo cancelliere, e coll'intervento del pub. minist. si procedesse al chiesto esperimento di unita a nove periti da da lui eletti, rimanendo invitati tanto D. Francesco Drago difensore dell'imputato Saracino, quanto il querelante Lessigni ad intervenire in detto esperimento.

» Proceduttosi all'esperimento, e formati gli atti a tal uopo richiesti, il giudice nel dì 25 di detto mese di settembre ordinò di aprirsi un termine di ore 24, corrente tanto al minist. pub., quanto al querelante, ed all'imputato per presentare ognuno di essi quei testimonj, e posizioni a discolpa, che credevano opportune.

» Nel corso di questo termine l'imputato dimandò la circoscrizione di tutti gli atti perchè essendo l'azione contro di lui tutta possessoria, il Lessigni doveva agire in linea civile.

» Per contrario il giudice regio con sua successiva sentenza de' 23 ottobre 1821 considerò che l'usurpazione del Saracino era stata intieramente provata; quindi rigettò la proposta eccezione, e dichiarò nella causa la sua competenza correzionale

» Di questa il Saracino ha chiesto con ricorso l'annullamento allegando i seguenti mezzi:

» 1.° Trovandosi il ricorrente da più anni in possesso del terreno, che dicesi usurpato l'azione era tutta civile, e non correzionale.

» 2.° Il giudice regio dovea versare sul fatto per conoscere se effettivamente l'imputato era stato da più anni in possesso del terreno in contesa.

» 5.° Il giudice nella sua sentenza asserì di aver inteso Saracino, mentre a costui fu proibito d'intervenire nell'esperimento.

» 4.° Ogni fatto si prova colla pubblica discussione; or questo non essendosi verificato non poteva il giudice rigettare l'eccezione.

» 5.° La sentenza non fa conoscere qual fu l'articolo della legge su di cui il giudice spiegò la sua competenza

» Udito il rapporto ed inteso l'avvocato generale Vecchioni, il medesimo ha portate le seguenti conclusioni:

» Signori -- Antonio Saracino, imputato di usurpazione con amozione de' termini, ha sostenuto di doversi sospendere il procedimento correzionale, e di doversi aspettare l'esito di un giudizio civile. Reggerebbe l'assunto quando o la imputazione dipendesse dall'esito di un giudizio civile già avviato, o quando la quistione di proprietà fosse necessariamente pregiudiziale alla questione d'imputabilità. Ma nel caso presente si offre l'imputazione scevra da ogni dubbio pregiudiziale, ed egli solo l'imputato si è avvilito di asserire un antico possesso. Or dove i titoli di proprietà non sono controversi, ed il fatto criminoso non è connesso con alcun litigio di possesso, e di confini; dove in somma altra quistione civile non presenta che quella che gratuitamente dallo stesso imputato è indicata, non vi è bisogno di attendere l'esito di un giudizio civile. In somma non basta, che il reo dica *feci*, *sed jure feci*, ma bisogna, che da esso sia additata la ragione da cui si è creduto autorizzato, e che questa ragione sia veramente degna di essere verificata con un giudizio civile. Queste considerazioni bastano ad escludere i due primi motivi di annullamento. Ed anche è da notarsi, che la perizia venne ordinata ad istanza dello stesso imputato.

» Gli altri tre motivi si riducono ad inutili sottigliezze. Nella sentenza non si parla già dell'intervento di D. Nicola Saracino nella perizia ordinata nel corso del giudizio correzionale, ma del parere dato precedentemente da esso, e da Scuttone in via convenzionale. Il regio giudice non ha già pronunziata una dichiarazione di reità, ma solamente ha dichiarato di essersi accertata colla perizia la innovazione ai confini fissati con accordo amichevole. Nè poi si trattava di esaminare, se il reato di usurpazione fosse riconosciuto dalla legge, mentre l'eccezione poggiava unicamente sull'assunto, che la causa si riducesse ad una vertenza civile.

» Conchiudiamo dunque, che venga rigettato il ricorso:

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. ministero.

» Visti gli atti: vista la sentenza: visto il ricorso:

» Considerando che la imputazione addossata al Saracino ricadendo sotto la disposizione dell'articolo 426 delle leggi pen. debbe essere conosciuta, e giudicata dal giudice correzionale; in conseguenza di che il primo, il secondo, il quarto, ed il quinto mezzo non sussistono in dritto:

» Considerando che non regge in fatto il terzo mezzo:

» Rigetta il ricorso: »

Vedi *Possesso*.

» §. 2. È usurpazione qualificata quella
» ch'è commessa con violenza in uno dei
» modi indicati nell'articolo 408.
» È usurpazione semplice quando sia ese-
» guita senza violenza. *Art.* 427. *Leg. pen.*

Alla usurpazione qualificata sono attribuiti li medesimi caratteri di quella violenza che rende benanche qualificato il furto. Vedi *Furto* §. 2.

La usurpazione semplice all'incontro rimane circoscritta nella sola occupazione dell'immobile altrui, fatta senza verun dritto legittimo, e che vuol sostenersi con ingiusto possesso. Così Ubero.

» Quamdiu usucapio non est impleta, revera nihil est quam usurpatio, sive usus simplex nullo jure praeditus. *Huberi Praelect. Tom.* 3. *lib.* 41. *tit.* 3. *de usurpationibus. n.* 1.

» §. 3. L'usurpazione semplice è punita
» col primo grado di prigionia.
» Sarà punita però col secondo al terzo
» grado, quante volte vi sia stato abbatti-
» mento di siepi, di macchie o di mura, o
» vi sia stata rimozione di termini posti per
» distinguere i confini delle proprietà. *Art.*
» 428. *Leg. pen.*

L'abbattimento di siepi, di macchie, o di mura con cui sia ad accompagnarsi la usurpazione può talora produrre un danno, che ecceda ducati cento, e che sia minore di questa somma; in questi due casi l'applicazione della pena sarà la stessa indicata dal nostro articolo 428? L'articolo 445 detta altra norma di giudicare. Esso stabilisce la pena del primo al secondo grado di prigio-

nia, se l'indicato abbattimento produca un danno minore dei ducati cento; stabilisce la pena del terzo grado di prigionia se questo danno risulti di somma maggiore. Messo adunque a calcolo il valore del danno prodotto nel soggetto caso colla usurpazione dell'immobile altrui, la punizione verrà regolata con quella misura di gradi espressa dal riferito articolo 445. In qualunque modo però, sarà sempre aggiunta l'ammenda non minore della metà del danno, nè maggiore del triplo valore di esso per le disposizioni dell'articolo 446. Vedi *Danno* §. 9. e 10.

» §. 4. L'usurpazione accompagnata da » omicidio consumato, o da ferite o percosse » che costituiscono l'omicidio mancato, o da » altra ferita o percossa, sarà punita come » il furto accompagnato dalle medesime cir» costanze, e con le pene stabilite negli ar» ticoli 418 e 419 secondo le distinzioni quivi » contemplate. Ma se la pena sarà di morte, » sarà eseguita colla decapitazione, e senza » grado di pubblico esempio: se de' ferri sarà » eseguita nel presidio.

» L'usurpazione violenta non accompagnata » da alcuna delle offese prevedute in questo » articolo, sarà punita colla reclusione. *Art.* » 429. *Leg. pen.*

Per gli articoli 418 e 419 dei quali si fa parola Vedi *Furto* §. 9. *e* 10.

Per li danni che possono commettere gli ascendenti, i discendenti, e gli affini nell'immobile usurpato Vedi *Danno* §. 19.

USURPAZIONE DI TITOLI. Vedi *Autorità usurpata.*

UTENSILI. Vedi *Beni immobili* §. 6.

Fine del Tomo VI. ed ultimo.